

Skyldkravet ved foretaksstraff og betydningen av ledelsesskyld i straffeloven §§ 48 a og 48 b

Kandidatnummer: 707

Leveringsfrist: 25.11.2014

Antall ord: 17992



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og problemstillinger	1
1.2	Rettskilder og metode	2
2	KORT OM FORETAKSSTRAFF	3
2.1	Historikk.....	3
2.2	Begrunnelse.....	4
2.2.1	Prevensjon	4
2.2.2	Motvirke ansvarspulverisering	5
2.2.3	Rettferdighet	6
2.3	De objektive vilkårene for foretaksstraff	6
3	GENERELT OM SKYLDKRAVET.....	7
3.1	Innhold	7
3.2	Begrunnelse.....	8
3.2.1	Rettferdighet	8
3.2.2	Prevensjon	8
3.2.3	Trygghet og rettssikkerhet	8
4	SKYLDKRAVET VED FORETAKSSTRAFF.....	10
4.1	Krav om skyld hos gjerningspersonen for å ilegge foretaksstraff?.....	10
4.2	Gjerningspersonen kan straffes	13
4.2.1	Innledning	13
4.2.2	Tilleggskrav om skyld hos ledelsen?.....	13
4.2.3	Systemsvikt som tilleggsvilkår for foretaksansvar?	18
4.3	Gjerningspersonen kan ikke straffes	20
4.3.1	Innledning	20
4.3.2	Anonyme feil	20
4.3.3	Kumulative feil	24
4.3.4	Gjerningspersonen er utilregnelig	28
4.3.5	Straffrihetsgrunn	28
5	KORT OM TILKNYTNINGSKRAVET OG SKYLD HOS LEDELSEN.....	30
6	BETYDNINGEN AV LEDELSENS SKYLD I DEN FAKULTATIVE VURDERINGEN	34

6.1	Innledning	34
6.2	Betydningen av overtredelsens grovhet, jf. § 48b bokstav b	34
6.3	Betydningen av forebyggende tiltak, jf. § 48b bokstav c.....	35
6.3.1	Innledning	35
6.3.2	Rt. 1993 s. 459	36
6.3.3	Rt. 2007 s. 1684	36
6.3.4	Rt. 2008 s. 996	37
6.3.5	Rt. 2012 s. 770	38
6.3.6	Konklusjon.....	40
6.4	Betydningen av nyere rettspraksis	40
6.4.1	Innledning	40
6.4.2	Rt. 2013 s. 312. «Takras»	40
6.4.3	Rt. 2013 s. 1025. «Norconsult»	41
6.4.4	Konklusjon.....	43
7	BØR SKYLDKRAV TIL LEDELSEN VÆRE ET VILKÅR FOR FORETAKSSTRAFF?	45
8	SKYLDKRAVET ETTER STRAFFELOVEN AV 2005	49
8.1	Endret skyldkrav	49
8.2	Forholdet til EMK og uskyldspresumsjonen	50
8.3	Synspunkter på endringen av skyldkravet	54
9	OPPSUMMERING	57
10	LITTERATURLISTE	59

1 Innledning

1.1 Tema og problemstillinger

Tema for avhandlingen er skyldkravet ved foretaksstraff og betydningen av foretaksledelsens skyld. Straffansvar for foretak er regulert i straffeloven §§ 48a og 48b.¹ Emnet er svært aktuelt, noe som er tydelig ut i fra myndighetenes økende fokus på kriminalitet begått av foretak samt at foretak og deres virksomhet stadig er gjenstand for medienes kritiske søkelys.

For å ilegge noen straff må de fire grunnleggende straffbarhetsvilkårene være oppfylt. Gjerningsbeskrivelsen i et straffebud må være overtrådt, det kan ikke foreligge noen straffrihetsgrunn, gjerningspersonen må være tilregnelig og ha utvist nødvendig skyld. Det er det siste vilkåret som skal behandles i denne avhandlingen.

Hovedregelen i norsk rett er at det kreves skyld for å kunne straffe, enten i form av forsett eller uaktsomhet jf. straffeloven § 40. Det er et grunnleggende prinsipp at ingen skal straffes uten skyld.² Skyldkravet bygger på en forutsetning om at individet er ansvarlig for sine handlinger og at vedkommende kan bebreides hvis han eller hun velger å handle i samsvar med gjerningsinnholdet i et straffebud.³ Evnen til å utvise skyld er imidlertid en egenskap vi kun tillegger fysiske personer. Ettersom et foretak verken har bevissthet, vilje eller evne til å handle selv, kan det følgelig ikke utvise individuell skyld. Skylden må eventuelt foreligge hos personer i foretaket. Foretaket er i den forstand objektivt ansvarlig for handlinger begått på dets vegne.

Det følger av dette at det alminnelige skyldkravet ikke passer på foretak. Det er heller ikke gitt at det skal gjelde i samme utstrekning. Hovedproblemstillingen i denne avhandlingen er derfor om det gjelder et skyldkrav i straffeloven § 48a, hva det eventuelt innebærer og hvem det omfatter. Et sentralt spørsmål i den forbindelse er om skyld hos ledelsen er et vilkår for foretaksstraff etter § 48a. Dette vil bli behandlet i kapittel 4 og 5. Hvorvidt det er hensiktsmessig med et skyldkrav til ledelsen som vilkår for foretaksstraff vil bli vurdert i kapittel 7.

Det fremgår av straffeloven § 48a at foretaket «kan» straffes når vilkårene er oppfylt. Ansvar er således fakultativt. Det vil si at selv om vilkårene for straff er oppfylt kan påtalemynd-

¹ Lov av 22. mai 1902 nr. 10.

² Andenæs (2004) s. 75-76.

³ Eskeland (2013) s. 286.

digheten eller domstolen likevel etter en skjønnsmessig helhetsvurdering komme til at foretaket skal frifinnes. Retningslinjene for kan-skjønnnet er regulert i § 48b. Et vesentlig moment i vurderingen av om straff skal ilegges er om foretaket ved organisatoriske tiltak kunne forebygget overtredelsen, jf. § 48b bokstav c. Med «foretaket» siktes det i denne sammenheng først og fremst til ledelsen.⁴ Spørsmålet om ledelsesskyld er derfor også et sentralt vurderingstema etter § 48b. Problemstillingen i avhandlingens kapittel 6 er hvilken betydning skyld hos ledelsen får i den fakultative vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges.

Avhandlingen vil i kapittel 8 ta for seg skyldkravet for foretaksstraff i den nye straffeloven §§ 27 og 28.⁵ En sentral problemstilling i tilknytning til dette er hvorvidt bestemmelsene er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2).⁶ Avslutningsvis vil det bli fremmet noen synspunkter på skyldkravet i de nye reglene.

Først er det imidlertid hensiktsmessig å gi en kort generell redegjørelse for foretaksstraff og skyldkravet. Dette vil bli gjort i kapittel 2 og 3.

1.2 Rettskilder og metode

Avhandlingen bygger på alminnelig juridisk metode hvor de sentrale rettskildene er lovtekst, forarbeider, rettspraksis, juridisk teori og reelle hensyn. Vurderingen av ledelsesskyld i den fakultative vurderingen beror hovedsakelig på en analyse av rettspraksis. Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) vil være relevant ved vurderingen av om foretaksreglene i straffeloven av 2005 er i strid med uskyldspresumsjonen, ettersom EMK er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2.⁷

⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 21.

⁵ Lov av 20. mai 2005 nr. 8.

⁶ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950, Roma.

⁷ Lov av 21. mai 1999 nr. 30.

2 Kort om foretaksstraff

2.1 Historikk

Straffeloven bygget i sin opprinnelige form på et prinsipp om at straffeansvar bare kunne ilegges de personlig skyldige.⁸ Utgangspunktet var derfor at foretak ikke kunne straffes. Dette kom klart til uttrykk i Rt. 1938 s. 411 hvor det ble uttalt at det er en «helt sikker rettssetning, at en juridisk person ikke kan straffes[...]».⁹ Begrunnelsen var at foretak som sådan ikke kan utvise skyld.

Foretaksstraff var imidlertid ikke en helt fjern tanke under arbeidet med straffeloven av 1902. Det ble der foreslått en bestemmelse om inndragning av utbytte fra straffbare handlinger som også kunne anvendes på juridiske personer. Ettersom inndragningen ikke ble regnet som straff kunne sanksjonen anvendes overfor foretak. I forbindelse med dette ble det fremhevet i forarbeidene at «[h]erved oppnaaes da ogsaa i det væsentligste det Øiemed, som tilsigtes af dem, der forsvarer den juridiske Persons Strafbarhed».¹⁰

Etter andre verdenskrig ble det vedtatt flere bestemmelser i spesiallovgivningen som ga hjemmel for å straffe juridiske personer, og mot slutten av 1980-tallet ble straffeansvar for foretak innført i de fleste nye lover som inneholdt straffesanksjoner.¹¹ Behovet for å gjøre foretak til straffesubjekt oppstod både på grunn av økende antall foretak og på grunn av økt samfunnsmessig regulering. Dette førte igjen til nye typer lovbrudd, hvor flere av dem nettopp skjedde i foretak.¹² Mange av lovbruddene var og er motivert ut fra foretakenes økonomiske interesser, som for eksempel brudd på regler om prissamarbeid, arbeidsmiljø og forurensning.

Det eksisterte etter hvert ca. 60 særlover med bestemmelser om foretaksstraff. Utformingen av bestemmelsene varierte imidlertid fra lov til lov. Vilåårene var ulike og ofte uklare. Noen lover krevde at både de objektive og de subjektive vilkår for straff måtte være oppfylt hos en person som hadde handlet på vegne av foretaket, mens andre lover kun krevde at de objektive vilkår var oppfylt. Dermed oppstod det også et behov for opprydning i regelverket. På bakgrunn av dette drøftet Straffelovkommisjonen om det burde innføres en generell hjemmel i

⁸ Andenæs (2004) s. 278.

⁹ Rt. 1938 s. 411 s. 415.

¹⁰ Andenæs (2004) s. 278 jf. S.K.M 1896 s. 53, jf. s. 44.

¹¹ Matningsdal (1996) s. 98.

¹² Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 7.

straffeloven for foretaksstraff.¹³ Mindretallet stemte for den løsningen. Departementet fulgte opp mindretallets forslag,¹⁴ og ved lov av 20. juli 1991 nr. 66 fikk vi generelle bestemmelser om straffeansvar for foretak i straffeloven §§ 48a og 48b.

2.2 Begrunnelse

2.2.1 Prevensjon

Hovedbegrunnelsen for å gjøre foretak strafferettslig ansvarlige var et ønske om å supplere det personlige straffansvaret og dermed gi straffebestemmelsene økt preventiv virkning.¹⁵ Hensikten er at personer med tilknytning til foretaket i større grad vil forsøke å handle i samsvar med lovgivningen for å unngå å pådra foretaket straff. Foretaksansvaret skal fungere som et incitament til å forhindre lovbrudd i organisasjonen og stimulere til at foretaket organiseres på en måte som hindrer straffbare handlinger i forbindelse med virksomheten.¹⁶ Straffetrusse-len vil således kunne bidra til at bedriftsledelsen skjerper sin aktsomhet.¹⁷ Muligheten for foretaksstraff gir dessuten ledelsen en oppfordring til å styrke opplæring av ansatte og foreta bedre kontroll med at regelverket overholdes.¹⁸

Dersom det kun er anledning til å straffe de enkeltpersoner som har handlet på vegne av foretaket risikerer man at straffereaksjonen blir liten i forhold til den straffbare handlingens skadevirkninger.¹⁹ Dette gjelder særlig der straffereaksjonen er bot. Årsaken er at boten må utmåles under hensyn til den skyldiges økonomi, jf. straffeloven § 27. Som regel vil foretakets økonomi være mye sterkere enn gjerningspersonens økonomi. Ved personlig straff kan det ikke tas hensyn til foretakets økonomi selv om lovbruddet både er grovt, begått på vegne av foretaket og foretaket har hatt stor fordel av overtredelsen. Samtidig betaler kanskje foretaket den boten som den ansatte ilegges. Straffen blir således liten sammenliknet med om foretaket selv ble holdt ansvarlig. Foretaksstraff kan dermed styrke den preventive effekten ved at boten kan tilpasses foretakets økonomi og handlingens grovhet.²⁰ På den annen side er foretaksansvaret begrenset til bøter og rettighetstap, jf. straffeloven § 48a tredje ledd, mens en fysisk

¹³ NOU 1989:11 s. 11-14.

¹⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 8-12.

¹⁵ Innst. O. nr. 55 (1990-1991) s. 1.

¹⁶ Høivik (2012) s. 70-71, Rt. 2004 s. 1457 avsnitt 23, Rt. 2007 s. 785 avsnitt 15.

¹⁷ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6.

¹⁸ Matningsdal/Bratholm (2003) s. 392-393.

¹⁹ Matningsdal/Bratholm (2003) s. 392.

²⁰ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6, Andenæs (2004) s. 277, Matningsdal/Bratholm (2003) s. 392.

person også kan dømmes til blant annet fengsel, forvaring og samfunnsstraff, jf. straffeloven § 15. Det personlige straffansvaret kan i disse tilfellene være mer inngripende og virke mer preventivt enn foretaksstraffen.

Den preventive effekten av et personlig straffansvar kan svekkes der lovovertrедelsen er begått i forbindelse med virksomheten.²¹ Ansatte kan som følge av påvirkning og forventninger om å øke omsetning og lønnsomhet begå lovbrudd på vegne av foretaket som de ellers ikke ville begått. Den preventive effekten svekkes ytterligere dersom den ansatte belønnes for dette og foretaket i tillegg betaler en eventuell bot. Foretaksstraff kan motvirke dette ved at risikoen for straff bidrar til å skape en intern forventning i foretaket om at lovbrudd skal unngås, og at overtrедelser kan bli møtt med interne sanksjoner. Dette kan gjøre det mindre fristende for den enkelte å bryte loven.²²

Foretaksstraff vil dessuten kunne ha en stigmatiserende effekt på foretakene, særlig i form av negativ publisitet og redusert renommé. Dette kan bidra til å styrke motivasjonen for å forebygge lovbrudd.²³

2.2.2 Motvirke ansvarspulverisering

Foretaksstraff skal også motvirke pulverisering av straffansvaret. Det vil ikke alltid være grunnlag eller mulig å føre bevis for et personlig straffansvar. Det kan for eksempel være vanskelig å finne den eller de personene som har utført den straffbare handlingen. Samtidig kan et lovbrudd skyldes flere feil som hver for seg ikke er grove nok til å medføre straffansvar for en enkeltperson. I disse tilfellene er det ingen som kan gjøres strafferettslig ansvarlig.²⁴ Dersom foretaksstraff ikke kan ilegges vil foretakene kunne tjene på å ha en uklar organisasjonsstruktur og uklare ansvarsforhold for å unngå straff. Foretaksstraff kan således motvirke ansvarspulverisering ved at foretaket blir ansvarlig for forbrytelser med tilknytning til virksomheten i de tilfellene hvor det er umulig å straffe enkeltpersoner.²⁵

²¹ Høivik (2012) s. 76.

²² Matningsdal/Bratholm (2003) s. 392.

²³ Høivik (2012) s. 77-78.

²⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6-7 og 14.

²⁵ Høivik (2012) s. 74.

2.2.3 Rettferdighet

Foretaksstraff kan også begrunnes i rettferdighetshensyn. Det vil kunne være urimelig å legge alt ansvaret på en enkeltperson når lovbruddet har skjedd i foretakets interesse.²⁶ I slike tilfeller er det rettferdig at foretaket kan straffes. Det fremgår av forarbeidene at straffen normalt vil ramme den som har hatt fordel av lovbruddet, nemlig foretaket.²⁷ På den annen side kan foretaksansvaret ramme eiere som ikke har skyld i lovbruddet, slik som aksjonærer og foreningsmedlemmer. Forarbeidene fremhever at det likevel kan være rimelig at disse gjennom sine eierinteresser pålegges en del av det økonomiske ansvaret for lovbrudd begått i foretakets og dermed i deres interesse.²⁸

2.3 De objektive vilkårene for foretaksstraff

Grunnvilkårene for foretaksstraff finner vi i straffeloven § 48a:

«Når et straffebud er overtrådt av noen som har handlet på vegne av et foretak, kan foretaket straffes. Dette gjelder selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen.»

Det første vilkåret er at «et straffebud er overtrådt». Dette innebærer at handlingen må være straffesanksjonert i straffeloven eller særlovgivningen. Videre må de objektive vilkårene for straff etter straffebudet være oppfylt. Handlingen må dekke gjerningsbeskrivelsen i straffebudet, og det må ikke foreligge en straffrihetsgrunn.

Det andre vilkåret er at handlingen må ha skjedd «på vegne av et foretak». I dette vilkåret ligger at gjerningspersonen må ha en tilknytning til foretaket, samtidig som handlingen må ha skjedd mens gjerningspersonen opptrådte i egenskap av å være tilknyttet foretaket.²⁹ Dette omtales i avhandlingen som tilknytningskravet eller tilknytningsvilkåret.

Med foretak menes «selskap, samvirkeforetak, forening eller annen sammenslutning, enkeltpersonforetak, stiftelse, bo eller offentlig virksomhet», jf. § 48a annet ledd.

²⁶ Matningsdal/Bratholm (2003) s. 392-393.

²⁷ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6.

²⁸ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 7.

²⁹ Eskeland (2013) s. 391.

3 Generelt om skyldkravet

3.1 Innhold

Det alminnelige skyldkravet finner vi i straffeloven § 40. Bestemmelsen fastsetter at straffeloven kun kommer til anvendelse på den som har handlet med forsett. Unntak gjelder der det er uttrykkelig bestemt eller utvetydig forutsatt at også uaktsomme handlinger er straffbare. Hovedregelen om forsett gjelder ikke utenfor straffeloven. Her må skyldformen bestemmes etter en tolkning av det enkelte straffebud. Den någjeldende straffelovgivningen inneholder imidlertid verken en definisjon av begrepet skyld eller av skyldformene uaktsomhet og forsett. Fastleggingen av innholdet i kravet må derfor søkes i andre rettskilder, særlig rettspraksis og juridisk teori. I denne avhandlingen vil begge skyldformene inngå i begrepene «skyld» og «skyldkravet», dersom ikke noe annet fremgår av sammenhengen.

Forsett foreligger når en person med hensikt begår en handling som oppfyller gjerningsinnholdet, eller at vedkommende regner det som sikkert eller overveiende sannsynlig at gjerningsinnholdet blir oppfylt. Forsett kan også foreligge i form av *dolus eventualis*/positiv innvilgelse, hvilket vil si at gjerningspersonen bare holder det som en mulighet at gjerningsbeskrivelsen vil bli oppfylt, men velger likevel å gjennomføre handlingen selv om gjerningsinnholdet er eller vil bli oppfylt.³⁰ Uaktsom overtredelse av et straffebud foreligger når gjerningspersonen handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på det aktuelle området og kan bebreides ut fra sine personlige forutsetninger.³¹

Skyldansvaret inndeles i ulike skyldgrader gradert etter grovhet. Forsett er en grovere skyldform enn uaktsomhet. Samtidig deles både forsett og uaktsomhet inn i undergrupper, hvor inndelingene i stor grad er basert på graden av bebreidelse som kan rettes mot gjerningspersonen.³²

Hovedregelen for å kunne ilegge straff er at skylden både må foreligge i gjerningsøyeblikket og omfatte alle elementene i straffebudets gjerningsbeskrivelse, jf. straffeloven §§ 40 og 42.³³ Sistnevnte blir betegnet som dekningsprinsippet. Dersom skyldformen eksempelvis er forsett, må gjerningspersonen ha kjent til alle de faktiske forhold som gjør handlingen straffbar.

³⁰ Eskeland (2013) s. 296.

³¹ Se straffeloven av 2005 § 23.

³² Eskeland (2013) s. 291.

³³ Se også Eskeland (2013) s. 286 og 328, Andenæs (2004) s. 210 og 221.

3.2 Begrunnelse

3.2.1 Rettferdighet

Eldre rett bygget på et gjengjeldelsesprinsipp og et strafferettslig ansvar på objektivt grunnlag.³⁴ Hovedvekten ble lagt på resultatet av handlingen. Saken ble sett fra fornærmedes synsvinkel og det ble sett bort fra gjerningspersonens subjektive forhold. Det vokste imidlertid etter hvert frem et moralsk syn på straffen, hvor en rettferdig gjengjeldelse forutsetter at gjerningspersonen kan klandres for handlingen. Det er dette synet som ligger til grunn for dagens skyldprinsipp i norsk strafferett. Det anses urettferdig å straffe en person som ikke kan bebreides for handlingen.

3.2.2 Prevensjon

Skyldprinsippet er også et utslag av straffens offisielle prevensjonsformål, som er å hindre uønskede handlinger.³⁵ Lovgiver forsøker gjennom et skyldkrav å påvirke den som vet eller burde vite at hans handlinger er i strid med straffelovgivningen til å velge et alternativ som er straffritt. Tanken er at straffetrusselen har liten preventiv effekt dersom den som straffes ikke kan klandres for handlingen.³⁶

Det kan imidlertid anføres at et objektivt straffeansvar uavhengig av skyld vil ha større preventiv effekt ved at folk i større grad tar forholdsregler for å unngå straff og avstår fra risikofylt atferd. Mot dette kan det innvendes at den preventive effekten kan bli mindre på lengre sikt ettersom straffens preventive virkning er avhengig av at straffen oppfattes som rettferdig av samfunnet.³⁷

3.2.3 Trygghet og rettssikkerhet

Skyldkravet har også betydning for tryggheten og rettssikkerheten i samfunnet. Det kunne skape uro og engstelse dersom man risikerte straff for rene uhell. Et krav om skyld gir den enkelte mulighet til å forutberegne sin rettsstilling og planlegge sitt liv innenfor lovens rammer.³⁸ På den måten vil det gi befolkningen en trygghet og beskyttelse mot at staten straffer

³⁴ Andenæs (2004) s. 209.

³⁵ Andenæs (2004) s. 209, Eskeland (2013) s. 286.

³⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 111.

³⁷ Ross (1970) s. 123.

³⁸ Andenæs (2004) s. 210.

borgere med mindre de kan bebreides for sine handlinger. Skyldkravet gir således et vern mot vilkårlig straff.

4 Skyldkravet ved foretaksstraff

4.1 Krav om skyld hos gjerningspersonen for å ilegge foretaksstraff?

Forsett og uaktsomhet forutsetter at straffesubjektet har egen bevissthet og evne til å handle selv. Det tradisjonelle skyldprinsippet passer derfor ikke på foretak. Et foretak er avhengig av at fysiske personer handler på dets vegne. Skylden må eventuelt foreligge hos personer i foretaket. Spørsmålet blir dermed om det er et vilkår at den eller de som har overtrådt et straffebud på foretakets vegne også må oppfylle straffebudets skyldkrav.

I vurderingen av om straffeloven § 48a inneholder et skyldkrav, må man ta utgangspunkt i en naturlig språklig forståelse av ordlyden. Det fremgår av bestemmelsens første ledd første punktum at et foretak kan straffes når «et straffebud er overtrådt». Bestemmelsen sier ingenting om skyldkravet. Det følger av ordlyden «overtrådt» at den objektive gjerningsbeskrivelsen i et straffebud må være oppfylt for å kunne ilegge straff, men den sier ingenting om også skyldkravet i straffebudet må være oppfylt. Den klare hovedregelen i norsk rett om at det kreves skyld for å ilegge straff tilsier at det også må kreves skyld ved foretaksstraff. Bestemmelsen sier imidlertid videre i første ledd annet punktum at foretaket kan straffes «selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen». Sistnevnte kan tyde på at skyldkravet fravikes ved foretaksstraff. Ordlyden gir ikke noe klart svar, og løsningen beror derfor på en tolkning av øvrige rettskilder.

Forarbeidene inneholder uklare og til dels motstridende uttalelser om hvorvidt det skal være et vilkår om subjektiv skyld ved den straffbare handlingen. Straffelovkommisjonen uttaler innledningsvis:³⁹

«Et foretak kan ikke utvise skyld, det kan bare fysiske personer. Men loven gjør unntak fra skyldprinsippet, slik at et foretak kan gjøres strafferettslig ansvarlig på objektivt grunnlag for handlinger som noen har begått på dets vegne.»

At foretaksansvaret her formuleres som et objektivt straffeansvar, kan tyde på at skyldkravet i straffebudet ikke trenger å være oppfylt. På den annen side kan uttrykket «objektivt» tolkes dithen at foretaket *som sådant* ikke behøver å oppfylle skyldkravet.⁴⁰

³⁹ NOU 1989:11 s. 9.

⁴⁰ Høivik (2012) s. 184-185.

Videre uttaler Straffelovkommisjonens flertall i forbindelse med hvilke vilkår som må være oppfylt at:⁴¹

«De to første vilkårene for straff – de objektive – må være oppfylt. Men det tredje og fjerde vilkår – de subjektive – gjøres det unntak for etter *flertallets* utkast».

Uttalelsen indikerer at det gjøres unntak for skyldkravet. Flertallet gir imidlertid i neste setning uttrykk for at det likevel gjelder et skyldkrav når det uttales at det «gjelder fortsatt et skyldkrav for den som har handlet, men likevel slik at anonym og kumulativ skyld rammes». Det virker dermed som «unntaket» fra skyldkravet knytter seg til at både anonyme og kumulative feil omfattes. Videre mente flertallet at hendelige uhell og force majeure-tilfeller ikke rammes, hvilket tyder på at det uansett ikke er ment at ansvaret skal være rent objektivt.⁴²

Departementet sluttet seg til forslaget fra kommisjonens flertall. I forbindelse med en uttalelse om at foretak ikke skal kunne straffes for feil som skyldes hendelige uhell eller force majeure-tilfeller, sies det imidlertid at straffeansvaret «ikke i denne forstand [er] rent objektivt».⁴³ Uttalelsen gjør det usikkert hva Departementet egentlig mener om skyldkravet, fordi den kan forstås som at hendelige uhell og force majeure-tilfeller er de eneste unntakene fra et ellers objektivt ansvar.

Forarbeidene er således uklare, og det kan ikke slutes noe sikkert om skyldspørsmålet ut i fra dette.

Forarbeidene klargjør derimot hva som menes med at straff kan ilegges «selv om ingen enkeltperson kan straffes for overtredelsen». Formuleringen innebærer at straff også kan anvendes ved kumulative og anonyme feil.⁴⁴ Med anonyme feil menes feil begått av personer som ikke kan identifiseres. Med kumulative feil siktes det til tilfeller hvor flere handlinger til sammen har forårsaket at et straffebud objektivt sett er overtrådt, men hvor den enkeltes handling alene ikke er tilstrekkelig til å kunne straffe vedkommende.⁴⁵ Dette tilsier modifikasjoner

⁴¹ NOU 1989:11 s. 15.

⁴² NOU 1989:11 s. 16.

⁴³ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 17.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 14 og 17.

⁴⁵ NOU 1989:11 s. 8 og 9.

i et eventuelt skyldkrav, fordi skyld forutsetter at man vet hvem gjerningspersonen er og at skylden er oppfylt hos denne.

Spørsmålet om skyld som vilkår for foretaksstraff har tidligere vært diskutert i juridisk teori. Andenæs fremholdt i sin 4. utgave av *Alminnelig strafferett* at det som «utgangspunkt» er tilstrekkelig med en «objektiv lovovertrjedelse», men påpekte samtidig at forarbeidene er uklare på dette punkt.⁴⁶ Samme synspunkt ble inntatt av Matningsdal og Bratholm.⁴⁷

Spørsmålet ble delvis avklart av Høyesterett i Rt. 2002 s. 1312. Saken gjaldt anvendelse av foretaksstraff ved unnlatt flagging etter verdipapirlovgivningen. Hva angår skyldkravet uttalte førstvoterende:⁴⁸

«Det gjelder et skyldkrav også i relasjon til anvendelse av foretaksstraff etter straffeloven § 48a. En ren konstatering av at det foreligger en objektiv overtrjedelse av det aktuelle straffebudet, er ikke tilstrekkelig. Betydningen av bestemmelsen i første ledd annet punktum om at foretaket kan straffes selv om ingen enkeltperson kan straffes, er at det er etablert et kollektivt skyldkrav, slik at også anonyme og kumulative feil rammes. [...] For at foretaksstraff skal kunne anvendes, må det etter dette enten foreligge skyld - forsett eller uaktsomhet - hos en enkeltperson som handler på vegne av foretaket, eller anonyme og/ eller kumulative feil»

Dommen fastslår at § 48a inneholder et skyldkrav. I den aktuelle saken ble den straffbare overtrjedelsen begått av en medeier i en familiebedrift. Det var altså en identifisert person som hadde handlet på vegne av foretaket. Dommen er derfor delvis avklarende i den forstand at skyldkravet i straffebudet må være oppfylt der handlingen er foretatt av en bestemt gjerningsperson. Det redegjøres imidlertid ikke nærmere for skyldkravet der gjerningspersonen ikke er kjent eller ikke kan straffes, som ved anonyme og kumulative feil. Videre er avgjørelsen heller ikke klargjørende med tanke på hvem i foretaket som eventuelt må ha utvist skyld. Det sies ingenting om det også er et skyldkrav til ledelsen der overtrjedelsen er begått av en underordnet i foretaket. I den foreliggende saken var det nettopp noen i ledelsen som hadde foretatt den straffbare handlingen.

⁴⁶ Andenæs (1997) s. 256-257.

⁴⁷ Matningsdal/Bratholm (1995) s. 911-912 jf. s. 925.

⁴⁸ Rt. 2002 s. 1312 s. 1318.

Konklusjonen er således at det er et vilkår for foretaksstraff at straffebudets skyldkrav er oppfylt i de tilfellene hvor overtredelsen er begått av en bestemt gjerningsperson. Det underliggende straffebudet vil være bestemmende for hvilket skyldkrav som gjelder i den konkrete saken.

4.2 Gjerningspersonen kan straffes

4.2.1 Innledning

Avgjørelsen i Rt. 2002 s. 1312 inneholdt som nevnt ingen uttalelser om det også er et skyldkrav til ledelsen der overtredelsen er begått av en underordnet. I det følgende forutsettes det at både de objektive og subjektive vilkårene for straff knyttet til primærhandlingen er oppfylt hos en bestemt gjerningsperson, og at det ikke er ledelsen som selv direkte har forårsaket at straffebudet er overtrådt. Problemstillingen er om det i tillegg oppstilles et vilkår for å ilegge foretaksstraff at det enten er utvist skyld hos ledelsen eller at det foreligger systemsvikt i foretaket. Med systemsvikt siktes det til at foretaket som helhet ikke er organisert på en slik måte at det kunne forhindret lovbrudd.⁴⁹

Forskjellen på de to situasjonene er at et krav om skyld hos ledelsen innebærer at vurderingen av om gjerningspersonens lovbrudd kunne vært forhindret, knytter seg til handlemåten til bestemte individer i foretakets ledelse i stedet for foretaket som sådant. Likheten er at det reises spørsmål om man må foreta en dobbelt skyldvurdering for å kunne ilegge foretaksstraff. Spørsmålet har praktisk betydning for om påtalemyndigheten må bevise dette under skyldspørsmålet eller om det er overlatt til påtalemyndighetens og domstolenes skjønn å vurdere betydningen av dette.⁵⁰

4.2.2 Tilleggskrav om skyld hos ledelsen?

Det har vært uenighet i juridisk teori om hvorvidt det eksisterer et slikt vilkår. Eskeland hevdet i 2.utgave av sin bok *Strafferett* at «det er et vilkår at ledelsen for foretaket alltid må kunne bebreides[...]».⁵¹ Ledelsen må kunne bebreides «for at en som handler på foretakets vegne, har begått en handling som dekkes av gjerningsinnholdet i et straffebud».⁵² Videre mente han

⁴⁹ Høivik (2012) s. 201-202.

⁵⁰ Axelsen (2009) s. 208.

⁵¹ Eskeland (2006) s. 307.

⁵² Eskeland (2006) s. 360.

at foretak bør kunne straffes etter straffebud som har forsett som skyldform selv om ledelsen bare har utvist uaktsomhet.⁵³ Han tok for øvrig ikke stilling til hvem som skal anses å tilhøre ledelsen. Matningsdal og Bratholm mente imidlertid at Eskeland sitt standpunkt ikke var riktig, blant annet på bakgrunn av at foretaket også er ansvarlig for anonyme feil, at lovteksten ikke inneholder et slikt vilkår og at § 48a bokstav c illustrerer at bebreidelse av ledelsen ikke er et vilkår, men moment.⁵⁴

Ordlyden i straffeloven § 48a inneholder ikke et skyldkrav til ledelsen. Spørsmålet er da om et slikt krav likevel skal leses inn i bestemmelsen, på bakgrunn av en tolkning av de øvrige rettskilder.

Forarbeidene drøfter ikke denne problemstillingen uttrykkelig, men i forbindelse med begrunnelsen for innføringen av foretaksstraff uttales det at «[s]traffetrusselen vil kunne bidra til å skjerpe bedriftsledelsens aktsomhet».⁵⁵ En mulig tolkning av dette er at lovgiver mener at det må være utvist uaktsomhet fra ledelsen for at foretaket kan straffes. Det gir mindre mening å straffe foretaket hvis ledelsen ikke har vært uaktsom, ettersom de da ikke kan skjerpe sin aktsomhet.⁵⁶

Eskeland utleder sin rettsoppfatning fra en uttalelse i forarbeidene om force majeure-tilfellene og en uttalelse om handling begått av en utilregnelig person. De aktuelle forarbeidsuttalelsene sier henholdsvis at når «et foretak har foretatt alt som praktisk er mulig for å unngå uhell, og dette likevel har skjedd pga helt ekstraordinære forhold, bør foretaket ikke straffes»,⁵⁷ og at «hvis det er klart at handlingen er begått av en utilregnelig person, og foretaket ikke er noe å bebreide, vil det normalt ikke være rimelig å straffe foretaket.»⁵⁸

Eskeland ser begge uttalelsene som uttrykk for at det ikke var ment å lovfeste et objektivt straffeansvar for foretak, og at det kreves at ledelsen kan bebreides for at det er oppstått en situasjon i strid med et straffebud.⁵⁹

⁵³ Eskeland (2006) s. 357.

⁵⁴ Matningsdal/Bratholm (2003) s. 400.

⁵⁵ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 6.

⁵⁶ Axelsen (2009) s. 204.

⁵⁷ NOU 1989:11 s. 16.

⁵⁸ NOU 1989:11 s. 16.

⁵⁹ Eskeland (2006) s. 355.

Til dette kan det innvendes at forarbeidene bruker ordet *foretaket*, og ikke *ledelsen*. Foretaket består av alle ansatte, enten de sitter i ledelsen eller ikke.⁶⁰ Det går heller ikke frem av forarbeidene at *foretaket* skal forstås snevrere enn dette, slik det gjør i andre sammenhenger.⁶¹

Matningsdal og Bratholm mener at det ikke fremgår noe sted i forarbeidene at det kreves skyld hos ledelsen, og hevder dessuten at det motsatte er uttrykkelig forutsatt av Straffelovkommisjonen.⁶² Det vises til følgende uttalelse:⁶³

«Om noen kan sies å ha handlet på vegne av foretaket kan også avhenge av vedkommendes stilling. I grensetilfeller vil man lettere anta at det er handlet på vegne av foretaket hvis den som har handlet har en relativt høy stilling»

Hva Matningsdal og Bratholm mener med formuleringen «uttrykkelig forutsatt» er uklart, ettersom det ikke er sagt noe uttrykkelig om skyldkrav til ledelsen i forarbeidene. Meningen må da være at forarbeidsuttalelsen tolkes slik at den forutsetter ansvar for foretaket også når den straffbare handlingen er begått av en ansatt med lavere stilling.⁶⁴ Uttalelsen gjelder imidlertid hvem som oppfyller tilknytningsvilkåret i straffeloven § 48a, og gir etter min mening verken støtte for eller imot spørsmålet om det kan oppstilles et tilleggskrav om skyld hos ledelsen.

Etter dette kan det ikke trekkes en sikker slutning fra forarbeidene om hva lovgiver har ment i forbindelse med spørsmålet om ledelsesskyld.

Som argument for at det er et vilkår om skyld hos ledelsen viser Eskeland dessuten til rettspraksis hvor det synes å være lagt til grunn at foretaksansvaret ikke er av objektiv karakter.⁶⁵ Det vises blant annet til Rt. 1993 s. 17, Rt. 1998 s. 652 og Rt. 2004 s. 698.

⁶⁰ Axelsen (2009) s. 207.

⁶¹ Se blant annet NOU 1989:11 s. 19.

⁶² Matningsdal/Bratholm (2003) s. 400.

⁶³ NOU 1989:11 s. 17.

⁶⁴ Høivik (2012) s. 213.

⁶⁵ Eskeland (2006) s. 356.

Rt. 1993 s. 17 gjaldt to arbeidstakere som falt ned under arbeid på et stillas, hvor kommunen ble frifunnet for overtredelse av den tidligere arbeidsmiljøloven⁶⁶ § 87 fordi den ikke hadde:⁶⁷

« [...] forsømt sin plikt som arbeidsgiver til å gjøre dem kjent med de farer som var forbundet med det arbeidet som skulle utføres, eller å gi dem opplæring og instruksjon som var nødvendig. Lovens bestemmelse er da ikke overtrådt»

Her berodde imidlertid frifinnelsen på at den objektive gjerningsbeskrivelsen i straffebudet ikke var oppfylt, som i dette tilfellet rettet seg direkte mot arbeidsgivers forsømmelse.⁶⁸ Grunnvilkåret i straffeloven § 48a om at et straffebud må være «overtrådt» var altså ikke oppfylt. Dermed kan ikke avgjørelsen tolkes slik at det oppstilles et tilleggsvilkår om skyld hos ledelsen hvor både skyldkravet og de objektive vilkår for straff er oppfylt hos en gjerningsperson.

Angående Rt. 1998 s. 652 hevder Eskeland at dommen ikke er «prejudikat for at det ikke er et krav at ledelsen kan bebreides for den handling som er begått».⁶⁹ Spørsmålet om skyld hos ledelsen ble imidlertid ikke drøftet i denne avgjørelsen, og dommen kan derfor ikke tas til inntekt for et vilkår om ledelsesskyld. Videre mener Eskeland at det legges klart til grunn i Rt. 2004 s. 698 at det er et vilkår for ileggelse av foretaksstraff at ledelsen har opptrådt uaktsomt.⁷⁰ Spørsmålet i saken var om foretaket hadde overholdt aktsomhetsplikten sin ved lagring av råolje på et oljeraffineri, jf. forurensningsloven § 78, jf. § 7.⁷¹ Aktsomhetskravet ble ikke knyttet til bestemte personer, men til selskapet som helhet. Det er imidlertid ingen uttalelser i avgjørelsen som indikerer at det etter straffeloven § 48a ikke er tilstrekkelig at en underordnet gjerningsperson oppfyller skyldkravet.⁷²

Det kan dermed ikke legges til grunn at det oppstilles et tilleggsvilkår om ledelsesskyld på bakgrunn av disse avgjørelsene.

⁶⁶ Lov av 4. mars 1977 nr. 4.

⁶⁷ Rt. 1993 s. 17 s. 19.

⁶⁸ Matningsdal/Bratholm (2003) s. 400, Høivik (2012) s. 211.

⁶⁹ Eskeland (2006) s. 356.

⁷⁰ Eskeland (2006) s. 356.

⁷¹ Lov av 13. mars 1981 nr. 6.

⁷² Høivik (2012) s. 212.

Spørsmålet om skyldkrav til ledelsen kom direkte opp for Høyesterett i Rt. 2007 s. 1684. Saken gjaldt bruk av foretaksstraff for overtredelser av forurensningsloven. En ansatt i et foretak hadde forårsaket betydelig fiskedød i en elv ved å tømme ut et fat med ammoniakkholdig vann. Problemstillingen var om vedkommende hadde handlet «på vegne av» foretaket ettersom det var handlet i strid med en muntlig instruks fra ledelsen. Standpunktet til Eskeland ble påberopt fra forsvarers side, og det ble anført at det er et tilleggsvilkår for ileggelse av foretaksstraff at ledelsen har opptrådt uaktsomt.

Høyesterett avviste dette. Som begrunnelse ble det vist til at lovteksten selv ikke angir et slikt krav, at det fremgår klart av forarbeidene at det ikke er noe krav om at ledelsen har utvist skyld og at det heller ikke er oppstilt et slikt vilkår i praksis fra Høyesterett.⁷³ Det er altså tilstrekkelig at et straffebed er «overtrådt» av «noen som har handlet på vegne av foretaket». At det ikke er noe vilkår for foretaksstraff at ledelsen kan klandres er senere gjentatt i Rt. 2008 s. 996⁷⁴ og Rt. 2012 s. 770.⁷⁵

Begrunnelsen for å avvise et slikt vilkår er kritisert i en artikkel av Nils Kristian Axelsen.⁷⁶ Axelsen mener for det første at det ikke er noe viktig argument at lovteksten ikke sier noe om et skyldkrav til ledelsen. At lovteksten er taus hindrer ikke Høyesterett i Rt. 2002 s. 1312 å slå fast at det gjelder et skyldkrav til selve primærovertredelsen. For det andre mener han at det ikke fremgår «klart» av forarbeidene at et slikt krav ikke gjelder, slik Høyesterett påstår. En drøftelse av skyldkrav for ledelsen er etter hans oppfatning utelatt i forarbeidene.⁷⁷

Hans avgjørende innvending mot begrunnelsen er at Høyesterett likevel gjennomfører en drøftelse av om ledelsen har gjort det som var rimelig å kreve av den, på tross av sin klare konklusjon om at det ikke er et vilkår at ledelsen har utvist skyld. Selv om denne drøftelsen foretas under tilknytningsvilkåret, fremstår det reelt sett som en aktsomhetsvurdering av ledelsen.⁷⁸ Dette vil bli vurdert nærmere under tilknytningskravet i kapittel 5.

⁷³ Rt. 2007 s. 1312 avsnitt 36 og 37.

⁷⁴ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 38.

⁷⁵ Rt. 2012 s. 770 avsnitt 21.

⁷⁶ Axelsen (2009) s. 195-213.

⁷⁷ Axelsen (2009) s. 203.

⁷⁸ Axelsen (2009) s. 205.

Det bestrides imidlertid ikke at konklusjonen er gjeldende rett, men Axelsen mener at et krav om bebreidelse av foretakets ledelse likevel må være til stede for å kunne straffe foretak.⁷⁹

Jeg er enig i at det rettskildemessige grunnlaget til Høyesterett for å avvise et slikt vilkår er noe spinkelt. På bakgrunn av min drøftelse av forarbeidene ovenfor kan heller ikke jeg se at det fremgår klart av forarbeidene at det ikke er noe vilkår om ledelsesskyld. På den annen side er det likevel ikke en dristig konklusjon når verken lovteksten eller tidligere rettspraksis gir støtte for et selvstendig tilleggsvilkår om ledelsesskyld, og forarbeidene gir liten veiledning om skyldkravet generelt. Dessuten er bebreidelse av ledelsen, herunder om foretaket kunne ha forebygget overtredelsen, et relevant moment i den fakultative vurderingen etter straffeloven § 48b bokstav c.

Konklusjonen er således at straffeloven § 48a ikke oppstiller et tilleggsvilkår om skyld hos ledelsen for å ilegge foretaksstraff. Hvorvidt det *bør* være et slikt vilkår vil bli drøftet i kapittel 7.

4.2.3 Systemsvikt som tilleggsvilkår for foretaksansvar?

Høivik stiller spørsmål om straffeloven § 48a inneholder et tilleggsvilkår om at foretaket må frifinnes dersom overtredelsen ikke kunne vært forhindre gjennom organisatoriske tiltak.⁸⁰ Slike tiltak kan være instruks, retningslinjer, opplæring, tilsyn og kontroll. Høivik mener man enten kan se dette tilleggsvilkåret som en særlig rettstridsreservasjon for foretaket, eller som et særskilt skyldkrav om organisasjonsskyld.

Prevensjonshensynet kan tale for å godta systemsvikt som tilleggsvilkår for foretaksstraff. Hovedhensikten med foretaksstraff er å forhindre lovbrudd i foretak og oppfordre til handlinger i samsvar med lovgivningen. Dersom et lovbrudd likevel begås på vegne av et foretak på tross av gode og forsvarlige organisatoriske tiltak, vil illeggelse av foretaksstraff raskt oppfattes urettferdig og kan på sikt føre til at straff virker mot sin hensikt. Et slikt vilkår kan imidlertid også redusere den preventive effekten, eksempelvis ved at bedriftene retter all sin oppmerksomhet mot å oppfylle minimumskravene til forsvarlige rutiner istedenfor å forhindre lovbrudd.⁸¹ Videre gjør prosessøkonomiske og bevismessige hensyn en slik regel betenkelig,

⁷⁹ Axelsen (2009) s. 208.

⁸⁰ Høivik (2012) s. 201.

⁸¹ Høivik (2012) s. 204.

fordi den vil kunne medføre vanskelige og omfattende undersøkelser og bevisføring av et selskap.⁸² Dette gjelder spesielt i store internasjonale konsern. Problemet med at påtalemyndigheten har bevisbyrden for at organisatoriske tiltak ikke er forsvarlige, er at ansvarsfraskrivelse vil være lettere. Dersom foretaket kan fremlegge skriftlig dokumentasjon på forsvarlige tiltak, vil dette være sterke bevis mot ansvar selv om tiltakene kanskje ikke følges i praksis.

Verken straffeloven § 48a eller rettspraksis oppstiller et tilleggsvilkår om systemsvikt for foretaksansvar. Dersom det hadde vært meningen å oppstille et slikt vilkår kan det anføres at det ville vært naturlig om dette kom til uttrykk i lovteksten. Grunnen er at manglende organisatoriske tiltak uttrykkelig er inntatt som et moment som skal tillegges vekt i den skjønnsmessige vurderingen av om foretaket skal ilegges straff, jf. straffeloven § 48b bokstav c. Dette trekker i retning av at det samme ikke gjelder som selvstendig vilkår etter straffeloven § 48a.

Høivik spør imidlertid om uttalelsene i forarbeidene om at foretaket ikke kan straffes ved «hendelige uhell» og «force majeure» likevel gir grunnlag for en alminnelig rettstridsreservasjon som inkluderer tilfeller hvor lovovertrедelsen ikke kunne vært forhindret gjennom organisatoriske tiltak.⁸³

Straffelovkommissjonen mener at hendelige uhell foreligger «hvor en skade er utløst ved en handling som vurdert i ettertid viser seg ikke å skulle vært foretatt, men hvor handlingen likevel ikke kan bebreides noen».⁸⁴ Formuleringen «ikke kan bebreides noen» indikerer at det siktes til tilfeller hvor gjerningspersonen ikke oppfyller skyldkravet i straffebudet. Jeg kan således ikke se at reservasjonen mot hendelige uhell har noe selvstendig betydning ved siden av vilkåret om at skyldkravet i straffebudet må være oppfylt, særlig når innholdet av reservasjonen ikke utdypes nærmere i forarbeidene.

Videre uttaler Straffelovkommissjonen om «force majeure» at der foretaket har gjort alt som er praktisk mulig for å unngå uhell, men hvor det likevel har inntruffet uhell på grunn av ekstraordinære forhold, bør foretaket ikke ilegges straff.⁸⁵ På den ene siden kan alt som er «praktisk mulig» sikte til organisatoriske tiltak. Dette taler for en rettsstridsreservasjon om systemsvikt.

⁸² Høivik (2012) s. 204.

⁸³ Høivik (2012) s. 206.

⁸⁴ NOU 1989:11 s. 16.

⁸⁵ NOU 1989:11 s. 16.

På den andre siden knytter kommisjonen reservasjonen til «uhell» som er frembrakt av «ekstraordinære forhold». Denne formuleringen ligner på den tradisjonelle forståelsen av uttrykket «force majeure»,⁸⁶ hvor det siktes til utenfrakommende, ekstraordinære og upåregnelige begivenheter som for eksempel krig og naturkatastrofer.⁸⁷ Dette taler mot en rettstridsreservasjon om systemsvikt ettersom organisatoriske tiltak typisk skal forhindre lovbrudd, ikke tradisjonelle force majeure hendelser.

Etter min mening er det uklart hva som egentlig er innholdet av reservasjonen mot hendelige uhell og force majeure ettersom forarbeidene gir liten veiledning. Jeg kan derfor ikke se at uttalelsene gir støtte for en alminnelig reservasjon som fanger opp tilfeller hvor lovbruddet kunne vært forhindret gjennom organisatoriske tiltak.

Konklusjonen blir dermed at systemsvikt ikke kan oppstilles som tilleggsvilkår for foretaksstraff etter straffeloven § 48a. Organisatoriske tiltak får imidlertid betydning for foretaksansvaret ved kumulative feil, som moment i avgjørelsen av om tilknytningsvilkåret i straffeloven § 48a er oppfylt, og kan-skjønnet i straffeloven § 48b bokstav c.

4.3 Gjerningspersonen kan ikke straffes

4.3.1 Innledning

Avgjørelsen inntatt i Rt. 2002 s. 1312 inneholder ingen nærmere redegjørelse for skyldkravet ved foretaksstraff der gjerningspersonen ikke kan holdes strafferettslig ansvarlig, enten fordi vedkommende er ukjent eller fordi ett av straffbarhetsvilkårene ikke foreligger. Problemstillingen i det følgende er derfor hvilken innvirkning det får på skyldkravet at gjerningspersonen ikke kan straffes.

4.3.2 Anonyme feil

At anonyme feil omfattes betyr at det ikke er nødvendig å påvise hvem i foretaket som har begått den straffbare handlingen, men det må være klart at det er noen som har handlet på vegne av foretaket, jf. straffeloven § 48a. Spørsmålet er om også skyldkravet i straffebudet må være oppfylt, og i så fall hvilke konsekvenser det får for anvendelsen av skyldkravet at gjerningspersonen er ukjent. Ordlyden er taus på dette punkt.

⁸⁶ Høivik (2012) s. 210.

⁸⁷ Hagstrøm (2011) s. 278.

Straffelovkommisjonens flertall uttalte med tilslutning fra Departementet følgende om anonym skyld:⁸⁸

«At anonym skyld omfattes, betyr at det ikke er nødvendig å påvise *hvem* i foretaket som har begått den straffbare handling [...] Det kan i slike tilfeller være vanskelig å bevise at vedkommende har utvist skyld, men stort sett vil ikke det være noe problem. Ved å se på de objektive forhold ved handlingen, kan man som oftest trekke slutninger om noen har handlet uaktsomt»

Forarbeidene forutsetter derfor helt klart at skyldkravet også må være oppfylt ved anonyme gjerningspersoner.

Løsningen er også forutsatt i rettspraksis. I Rt. 1988 s. 1356 ble en bedrift dømt for uaktsom overtredelse av forurensningsloven for å slippe ut en betydelig mengde med giftig gass. Ingen av bedriftens ansatte som hadde direkte befatning med utførelsen av transportoppdraget som forårsaket utslippet, kunne klandres for uaktsom atferd. Retten vurderte det som en feil at det ikke var utarbeidet en instruks for slike transporter. Den som måtte anses strafferettslig ansvarlig var derfor vedkommende som hadde ansvaret for sikkerhetsspørsmål. Retten kunne imidlertid ikke utpeke denne personen. Om aktsomhetsvurderingen av den ukjente gjerningspersonen uttalte Høyesterett at «aktsomhetsbedømmelsen i den foreliggende sak får et noe spesielt preg ved at den er knyttet til en enkeltperson som ikke er individualisert».⁸⁹

I Rt. 2002 s. 1312 uttales det først at det er «etablert et kollektivt skyldkrav, slik at også kumulative og anonyme feil rammes».⁹⁰ Deretter sies det på samme sted at dersom foretaksstraff skal anvendes må «det enten foreligge skyld [...] eller anonyme og/ eller kumulative feil». Den sistnevnte uttalelsen reiser spørsmål om Høyesterett har ment å fravike vilkåret om skyld ved anonyme feil. Dommen viser imidlertid uttrykkelig til forarbeidenes uttalelser om anonyme gjerningspersoner.⁹¹ Dette må forstås slik at retten forutsetter at skyldkravet også må være oppfylt i disse tilfellene.

⁸⁸ NOU 1989:11 s. 15-16, Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 17.

⁸⁹ Rt. 1988 s. 1356 s. 1360.

⁹⁰ Rt. 2002 s. 1312 s. 1318.

⁹¹ Se NOU 1989:11 s. 15, Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 17.

Det må etter dette legges til grunn at anonyme gjerningspersoner må oppfylle skyldkravet i straffebudet.

Som det fremgår av sitatet fra forarbeidene ovenfor kan det imidlertid være utfordrende å føre bevis for at en ukjent gjerningsperson oppfyller skyldkravet da bedømmelsen ikke kan knyttes til en konkret person. I relasjon til skyldformen uaktsomhet følger det av sitatet at man kan vurdere den ukjente gjerningspersonens uaktsomhet «ved å se på de objektive forhold ved handlingen». Høyesterett uttalte noe tilsvarende i Rt. 1988 s. 1356:⁹²

«Når det ikke er kjent hvilken person innenfor bedriften som har ansvaret for en handling eller unnlatelse, må aktsomhetsbedømmelsen nødvendigvis få et objektivt preg. Det lar seg således ikke gjøre å bringe på det rene hvilken viten vedkommende faktisk hadde; man må nøye seg med å spørre hva vedkommende burde vite eller bringe på det rene. Nå blir nok forskjellen fra andre saker likevel ikke så stor, idet enhver aktsomhetsvurdering har en objektiv kjerne[...]»

Spørsmålet videre er hvilke utfordringer som ligger i at aktsomhetsvurderingen får et «objektivt preg» når gjerningspersonen er ukjent.

Utgangspunktet for aktsomhetsvurderingen ved det personlige straffeansvaret er om det er handlet i strid med en objektiv norm for forsvarlig opptreden. Andenæs sier følgende om uaktsomhetsbegrepet:⁹³

«Kjernen i uaktsomhetsbegrepet er objektiv: Den handlende har ikke opptrådt som en kyndig og omtenksum person ville gjort [...] Mens forsettet kan defineres ved psykologiske kriterier – hva har han tilsiktet, hva har han forstått –, bestemmes uaktsomheten ved sammenlikning med en norm for riktig opptreden».

Aktsomhetsvurderingen ved det personlige straffeansvaret har således også et objektivt preg. Sett i lys av dette vil aktsomhetsvurderingen når gjerningspersonen er anonym i utgangspunktet ikke by på større problemer enn ved det personlige straffeansvaret. Dersom det

⁹² Rt. 1988 s. 1356 s. 1360.

⁹³ Andenæs (2004) s. 243.

er klart at det har skjedd en lovovertrjedelse på vegne av foretaket, er det ikke noe i veien for å vurdere om overtrjedelsen er uforsvarlig sammenliknet med en norm for riktig opptreden.⁹⁴

Det som imidlertid er utfordrende er at uaktsomhetsbegrepet også inneholder subjektive elementer. Vurderingen av om gjerningspersonen har opptrådt uaktsomt skal foretas på grunnlag av vedkommendes individuelle situasjon, for eksempel om den handlende hadde god tid på seg eller ikke.⁹⁵ Videre kan det legges vekt på individuelle unnskyldningsgrunner som faktisk kunnskap, kyndighet, erfaring, alder, hørsel og syn. Slike grunner kan lede til frifinnelse selv om det objektivt sett er begått en feil.⁹⁶ Som Høivik påpeker, er subjektive forhold vanskeligere å klarlegge ved ukjente gjerningspersoner, og må derfor spille en mer tilbaketrukket rolle i aktsomhetsvurderingen ved anonyme feil.⁹⁷

En mulig konsekvens av dette kan bli at skyldkravet i enkelte tilfeller praktiseres strengere ved anonyme feil enn hva som ellers ville vært tilfellet. Når gjerningspersonen er kjent vil for eksempel vedkommendes dårlige hørsel og syn kunne hensyntas i vurderingen. Dette vil naturlig nok ikke være mulig dersom gjerningspersonen er ukjent. Altså vil subjektive elementer kunne føre til frifinnelse ved det personlige straffeansvaret, men ikke komme i betraktning i vurderingen av skyldspørsmålet ved anonyme feil.

Et annet spørsmål som oppstår når gjerningspersonen er ukjent er om foretaket kan straffes for forsettlig lovbrudd. Forsettskravet er knyttet til psykologiske kriterier som for eksempel hva gjerningspersonen forstod eller hva vedkommende hadde til hensikt. Det er ikke mulig å bringe på det rene hvilken viten gjerningspersonen faktisk hadde eller hva hensikten var når vedkommende er anonym. Det blir derfor utfordrende å bevise forsett når gjerningspersonen ikke er kjent.

Bevismessige problemer i forbindelse med hva gjerningspersonen faktisk tenkte oppstår imidlertid også når forsett skal vurderes ved det personlige straffeansvaret. Grunnen er at det handler om bevissthetsprosesser som ikke er gjenstand for direkte observasjon. Det kan være vanskelig for gjerningspersonen å si noe presist om hva vedkommende tenkte i gjerningsøyeblikket.

⁹⁴ Høivik (2012) s. 199.

⁹⁵ Andenæs (2004) s. 247.

⁹⁶ Andenæs (2004) s. 247-248.

⁹⁷ Høivik (2012) s. 199.

blikket, blant annet fordi man husker dårlig, bevisstheten var nedsatt eller man handlet impulsivt. Dersom man ikke kan bygge på gjerningspersonenes egen tilståelse, må man se på de ytre omstendighetene for så å trekke slutninger om hva vedkommende tenkte.⁹⁸

Forarbeidene forutsetter at det i visse tilfeller vil kunne foreligge anonymt forsett, når det ut fra de faktiske forhold er klart at lovbruddet ikke kunne oppstått uten at noen i foretaket handlet forsettlig.⁹⁹ Det kan dermed statueres forsett selv om gjerningspersonen er anonym. Forutsetningen er imidlertid at det må være mulig å trekke slutninger fra de ytre omstendighetene ved handlingen til hva gjerningspersonen har tenkt.¹⁰⁰ Skyldkravet vil ikke være oppfylt dersom det ikke er mulig å trekke slike slutninger.

Konklusjonen er etter dette at skyldkravet gjelder ved anonyme feil, men at vurderingen får et særlig objektivt preg fordi subjektive elementer er vanskelig å anvende overfor ukjente gjerningspersoner.

4.3.3 Kumulative feil

Ved kumulative feil er det ingen enkeltperson som alene oppfyller straffbarhetsvilkårene, men foretaket kan straffes for summen av enkeltpersoners atferd.¹⁰¹ Tilknytningsvilkåret i straffeloven § 48a må likevel være oppfylt for samtlige gjerningspersoner.

Det første spørsmålet er om skyldkravet også gjelder ved kumulative feil. Loven selv sier ingenting om dette.

Forarbeidene er ikke helt klare. Straffelovkommisjonen beskriver kumulative feil som tilfeller hvor:¹⁰²

« [...] et straffebud er overtrådt ved at feil er begått av flere i foretaket som hver for seg ikke har handlet uaktsomt. Men den *samlede atferd* må kunne karakteriseres som uaktsomhet.»

⁹⁸ Andenæs (2004) s. 240.

⁹⁹ NOU 1989:11 s. 16.

¹⁰⁰ Høivik (2012) s. 200.

¹⁰¹ Høivik (2012) s. 216.

¹⁰² NOU 1989:11 s. 8.

Uttalelsen tyder på at den samlede atferden må oppfylle både straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse og straffebudets skyldkrav. Forarbeidene uttaler imidlertid senere at det gjøres «unntak fra det individuelle skyldkravet når kumulativ skyld rammes».¹⁰³ Dette indikerer at kravet om subjektiv skyld ikke gjelder. Deretter sies det i neste setning at kumulative feil bare kan rammes «ved overtredelse av straffebud som har uaktsomhet som skyldform».¹⁰⁴ Dette må etter min mening tolkes som at det likevel er ment at skyldkravet i det aktuelle straffebudet må være oppfylt.

Juridisk teori støtter også det synspunkt at skyldkravet i straffebudet må være oppfylt ved kumulative feil. Høivik legger til grunn at kumulasjonsansvaret innebærer at «handlingsflerheten» må oppfylle både de objektive vilkårene for straff og straffebudets skyldkrav.¹⁰⁵ Andenæs forutsetter også at skyldkravet må være oppfylt ved kumulative og anonyme feil når han uttaler at:¹⁰⁶

«På samme måten som det personlige straffansvaret er også foretaksstraff betinget av at skyldkravet i vedkommende straffebud er oppfylt [...] Forskjellen er altså at det ikke er nødvendig å peke ut hvem som har utført handlingen – eventuelt at man kan summere feil begått av flere personer. Men i det siste tilfellet kan man bare statuere uaktsomhet – ikke forsett»

Konklusjonen blir dermed at skyldkravet i straffebudet må være oppfylt ved kumulative feil.

Foretaksstraff kan derimot ikke ilegges ved kumulative feil dersom skyldkravet er forsett. Det følger av sitatet fra forarbeidene ovenfor at det kun kan ilegges straff for kumulative feil dersom straffebudet har uaktsomhet som skyldform. Grunnen er at forsett er betinget av nødvendig kunnskap hos en enkelt person. Følgelig er det ikke mulig å konstatere kumulativt forsett.¹⁰⁷ Dette synet har bred støtte i juridisk teori,¹⁰⁸ foruten Eskeland som mener at ledelsen i

¹⁰³ NOU 1989:11 s. 16.

¹⁰⁴ NOU 1989:11 s. 16.

¹⁰⁵ Høivik (2012) s. 218.

¹⁰⁶ Andenæs (2004) s. 280.

¹⁰⁷ NOU 1989:11 s. 16.

¹⁰⁸ Matningsdal/Bratholm (2003) s. 395, Andenæs (2004) s. 280, Høivik (2012) s. 220.

slike tilfeller kan ha opptrådt forsettlig.¹⁰⁹ Høivik utdyper og mener forsettskravet består av en psykologisk komponent som forutsetter en individuell gjerningsperson, mens uaktsomhetskravet inneholder en objektiv kjerne som i større grad kan løsrives fra psykologiske kriterier.¹¹⁰

Neste spørsmål er om kumulasjonsregelen i § 48a første ledd annet punktum dekker en alternativ organisasjonsskyldregel som kan anvendes hvor gjerningspersonen oppfyller de objektive vilkårene for straff, men ikke skyldkravet.

Høivik mener at uttalelsen i forarbeidene om at «[d]et gjelder fortsatt et skyldkrav for den som har handlet, men likevel slik at anonym og kumulativ skyld rammes»¹¹¹ indikerer at kumulasjonsansvaret dekker en særskilt skyldregel som gjelder der en gjerningsperson oppfyller de objektive vilkår for straff, men ikke de subjektive.¹¹² Videre tolker han uttalelsen i Rt. 2002 s. 1312¹¹³ slik at det forutsettes at skyldkravet alternativt kan oppfylles gjennom kumulasjonsansvaret der gjerningspersonen selv ikke oppfyller skyldkravet.¹¹⁴ Veiledning om innholdet av den alternative skyldregelen finner han i proposisjonen, hvor Departementet definerer kumulative feil som «[...] feil som ingen enkeltperson kan gjøres ansvarlig for, men som foretaket kunne ha unngått ved bedre kontroll- eller sikkerhetsrutiner».¹¹⁵

Den alternative skyldregelen knytter seg til unnlattelsen av å forhindre gjerningspersonens straffbare handling gjennom organisatoriske tiltak.¹¹⁶ Tanken er da at skyldkravet likevel kan oppfylles i de tilfellene hvor foretaket har unnlatt å forhindre lovovertrедelsen gjennom organisatoriske tiltak.

Eskeland oppfatter på sin side forarbeidsuttalelsen ovenfor slik at det ved kumulative feil alltid er et vilkår for foretaksstraff at ledelsen kan bebreides for at et straffebud er overtrådt.¹¹⁷

¹⁰⁹ Eskeland (2013) s. 390.

¹¹⁰ Høivik (2012) s. 220.

¹¹¹ NOU 1989:11 s. 15.

¹¹² Høivik (2012) s. 222-223.

¹¹³ Rt. 2002 s. 1312 s. 1318, se punkt 4.2.

¹¹⁴ Høivik (2012) s. 223.

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 17.

¹¹⁶ Høivik (2012) s. 223.

¹¹⁷ Eskeland (2013) s. 389.

Det fremgår imidlertid ikke av uttalelsen hva som menes med «foretaket» i denne sammenheng. Det kan siktes til enkeltpersoner, herunder personer i ledelsen, men også til foretaket som et system. Det er uansett ikke et krav om ledelsesskyld i de tilfellene hvor gjerningspersonene til sammen oppfyller skyldkravet, jf. Rt. 2007 s. 1684. Dersom den samlede atferden gjør at skyldkravet i straffebudet er oppfylt vil dette være tilstrekkelig for foretaksansvar. I Rt. 2007 s. 1684 var det klart at gjerningspersonen oppfylte skyldkravet, og her ble det fastslått at det ikke kunne stilles noe tilleggsvilkår om skyld hos ledelsen.

Høivik mener Rt. 2008 s. 668 gir klar støtte for en alternativ organisasjonsskyldregel ved kumulative feil. Spørsmålet i saken var om en kommune kunne idømmes foretaksstraff etter den tidligere utlendingsloven fordi det var benyttet en utenlandsk arbeidstaker med manglende arbeidstillatelse.¹¹⁸ Høyesterett slo fast at avdelingsleder B oppfylte tilknytningskravet, straffebudets objektive gjerningsbeskrivelse og skyldkravet. Førstvoterende uttalte med tilslutning av øvrige dommere i forbindelse med spørsmålet om avdelingslederen oppfylte skyldgraden grov uaktsomhet følgende:¹¹⁹

«Men hvis man skulle mene at B ikke har hatt den nødvendige faglige bakgrunn for å forstå hva som lå i brevene fra utlendingsmyndighetene, må skyldkravet etter min mening uansett anses oppfylt, og da på grunn av manglende koordinering eller veiledning fra sentralt hold i kommunen. Jeg viser her til det jeg tidligere har nevnt om at foretaksstraff kan anvendes også på grunnlag av anonyme eller kumulative feil.»

Det forutsettes her at dersom en gjerningsperson oppfyller de objektive vilkår for straff, men ikke skyldkravet, kan skyldkravet likevel oppfylles gjennom foretakets unnlatelse av å forhindre lovovertrедelsen gjennom organisatoriske tiltak. Det er ikke klart hvem det siktes til ved denne unnlatelsen. Uttalelsen «fra sentralt hold i kommunen» kan både sikte til ledelsen i kommunen og kommunen som et system. For øvrig hadde ikke uttalelsen betydning for resultatet i saken ettersom det var avgjort at B oppfylte skyldkravet, noe som kan tilsi at den tillegges mindre vekt.

Konklusjonen blir således at skyldkravet i straffebudet må være oppfylt ved kumulative feil, men at kumulasjonsregelen i straffeloven § 48a antakelig dekker en alternativ skyldregel om

¹¹⁸ Lov av 24. juni 1988 nr. 64.

¹¹⁹ Rt. 2008 s. 668 avsnitt 19.

uaktsom organisasjonsskyld. Forutsetningene er i så fall at gjerningspersonen(e) ikke oppfyller skyldkravet og at foretaket kan bebreides for ikke å ha forhindret lovbruddet gjennom organisatoriske tiltak.

4.3.4 Gjerningspersonen er utilregnelig

Ettersom loven omfatter anonyme og kumulative feil gjøres det unntak fra det alminnelige vilkåret om tilregnelighet i gjerningsøyeblikket.¹²⁰ Det innebærer at et foretak kan straffes selv om den som handlet på dets vegne var utilregnelig. Forarbeidene presiserer imidlertid at dersom det er klart at handlingen ble begått av en utilregnelig person, vil det normalt ikke være rimelig å ilegge straff forutsatt at «foretaket ikke er noe å bebreide».¹²¹

Det er uklart om det med uttrykket «bebreide» er ment at foretaket må oppfylle et eget subjektivt skyldkrav. Antakelig siktes det i stedet til at dette skal være et moment i den fakultative vurderingen av om straff skal ilegges jf. § 48b, særlig fordi regelen for foretaksansvar er at skyldkravet må oppfylles av gjerningspersonen selv.¹²²

4.3.5 Straffrihetsgrunn

Det fremgår av forarbeidene at det alminnelige vilkåret om at det ikke må foreligge noen straffrihetsgrunn som for eksempel nødrett eller nødverge, må være oppfylt ved foretaksstraff.¹²³ Dette betyr at en straffrihetsgrunn hos gjerningspersonen også virker straffriende for foretaket.

Eskeland mener imidlertid at foretaket etter omstendighetene bør kunne straffes i slike tilfeller, dersom ledelsen for eksempel kan bebreides for å ha forårsaket en nødrettssituasjon.¹²⁴ Etter hans oppfatning vil en slik situasjon foreligge der arbeidstakeren overtrer et straffebud for å slukke en brann som er forårsaket av at ledelsen ikke har oppfylt krav fra Arbeidstilsynet om brannsikring.

¹²⁰ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 15.

¹²¹ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 15.

¹²² Høivik (2012) s. 195.

¹²³ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 14.

¹²⁴ Eskeland (2013) s. 390.

Høivik reiser også en problemstilling i tilknytning til nødrett etter straffeloven § 47 og foretaksstraff.¹²⁵ Spørsmålet er om foretaket likevel kan straffes der nødsituasjonen ikke er forårsaket av gjerningspersonen, men skyldes klanderverdig atferd fra en annen person som opptrer på foretakets vegne. Det kan tenkes at foretaket identifiseres med de to personenes samlede atferd i relasjon til nødrettsbestemmelsen, slik at nødsituasjonen anses selvforskyldt for foretakets del. Dette strider mot forarbeidenes forutsetning om at straffrihetsgrunn hos gjerningspersonen fritar for foretaksstraff, men Høivik mener kumulasjonsregelen i straffeloven § 48a må kunne anvendes i denne situasjonen ettersom den åpner for at foretaket identifiseres med flere personers atferd. Han er for øvrig enig med Eskeland i at foretaket også må identifiseres med klanderverdig atferd fra ledelsen i relasjon til interesseavveiningen i nødrettsbestemmelsen.¹²⁶

Skyld hos foretaket kan dermed også få betydning i relasjon til straffrihetsvilkåret.

¹²⁵ Høivik (2012) s. 179-180.

¹²⁶ Høivik (2012) s. 180.

5 Kort om tilknytningskravet og skyld hos ledelsen

Ansvar i straffeloven § 48a innebærer at foretaket identifiseres med enkelte personers overtredelse av straffebud. Grunnvilkåret for slik identifikasjon er at gjerningspersonen har «handlet på vegne av» foretaket. Ordlyden tilsier at det settes en grense for hvilke handlinger foretaket svarer for. Eksempelvis vil ikke et foretak bli strafferettslig ansvarlig for handlinger som gjerningspersonen begår helt privat, samtidig som det vil bli ansvarlig der handlingen er begått i foretakets interesse og etter ordre fra ledelsen.¹²⁷ Hvorvidt tilknytningskravet er oppfylt beror på en helthetsvurdering av en rekke momenter. Spørsmålet i det følgende er om skyld hos ledelsen får betydning i denne vurderingen. Verken ordlyden eller forarbeidene sier noe eksplisitt om dette.

Avgjørelsen i Rt. 1993 s. 459 omhandlet inndragning etter den nå opphevede bestemmelsen i straffeloven § 36. Et av spørsmålene var om en ansatt hadde handlet «på vegne av» arbeidsgiveren sin da vedkommende unnlot å stoppe i tollen med utstyr som etter instruks skulle fraktes og tollklareres. Det ble i den forbindelse vist til forarbeidene til straffeloven, og tilknytningskravet i § 48a. Det fremgår av forarbeidene at klart illojale handlinger ikke er begått «på vegne av» foretaket. Et moment i vurderingen er om det foreligger instruksbrudd.¹²⁸ Retten fant det ikke avgjørende at instruksene var brutt. Handlingen ble ansett for å være foretatt «på vegne av» arbeidsgiveren ettersom den ikke innebar et utpreget illojalt forhold overfor arbeidsgiveren.¹²⁹ I den skjønnsmessige vurderingen av hvorvidt inndragning burde skje ble det lagt vekt på at selskapet hadde gjort alt det kunne for å forebygge lovbruddet og at man måtte kunne regne med at instruksene ville bli fulgt.¹³⁰

At ledelsen overhodet ikke kunne bebreides for lovbruddet fikk ikke betydning i relasjon til tilknytningsvilkåret, men var derimot avgjørende for frifinnelsen i den skjønnsmessige vurderingen.

Avgjørelsen i Rt. 2007 s. 1684 gjaldt, som nevnt tidligere, spørsmål om ileggelse av foretaksstraff da en ansatt forårsaket fiskedød i en elv ved å tømme ut ammoniakkholdig vann. Den ansatte varslet sin overordnede på forhånd om at han ville tømme ut blandingen, men fikk

¹²⁷ Eskeland (2013) s. 393.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 18.

¹²⁹ Rt. 1993 s. 459 s. 461.

¹³⁰ Rt. 1993 s. 459 s. 462.

beskjed om ikke å gjøre det og en muntlig instruks om å behandle ammoniakken forsvarlig. På bakgrunn av forarbeidene og Rt. 1993 s. 459 stilte Høyesterett spørsmålet om den ansatte ved utslippet hadde brutt muntlige instruks på en måte som foretaket ikke kunne forutse, og om det forelå en klar illojal handling, slik at han ikke kunne sies å ha handlet «på vegne av» foretaket.¹³¹

Høyesterett mente at den ansatte handlet på vegne av foretaket. En del av begrunnelsen var at utslippet i noen grad kunne forutsees fordi foretakets reaksjon på den ansattes varsling var lite spesifikk og manglet konkret oppfølging. Det ble lagt vekt på at utslippet var påregnelig for foretaket. I utgangspunktet vil det være vanskelig for arbeidsgiver å forutse at en arbeidstaker opptrer i strid med en konkret instruks, men det spesielle i denne saken var at utslippet var påregnelig før instruks ble gitt fordi det var varslet om det.¹³² Det ble uttalt at påregneligheten forsterkes ved at foretaket «ikke hadde etablert betryggende rammebetingelser i form av egne generelle, skriftlige instruks for håndtering av en slik ammoniakkblanding.»¹³³ Foretaket hadde ikke gjennom organisatoriske tiltak redusert påregneligheten for utslipp i tilstrekkelig grad. Høyesterett la dermed vekt på om lovbruddet kunne vært forhindret gjennom organisatoriske tiltak som moment i påregnelighetsvurderingen ved instruksbrudd. Det samme momentet fikk også betydning i den fakultative vurderingen.

Axelsen hevder at det reelt sett foretas en aktsomhetsvurdering av ledelsen under tilknytningsvilkåret, selv om det uttrykkelig sies at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at ledelsen har utvist skyld. Han mener Høyesterett forutsetter at foretaket ikke ville blitt straffet dersom ledelsen hadde gjort det som rimeligvis kunne kreves av den.¹³⁴ Det vises blant annet til følgende uttalelse:¹³⁵

«Som lagmannsretten påpeker, foranlediget As varsel likevel ingen konkrete tiltak, selv om ledelsen hadde hatt tid til å dra ut til stedet eller på annen måte forsikre seg om at blandingen ville bli forsvarlig behandlet. Det ble ikke gitt konkrete instruks om alter-

¹³¹ Rt. 2007 s. 1684 avsnitt 22.

¹³² Rt. 2007 s. 1684 avsnitt 31-32.

¹³³ Rt. 2007 s. 1684 avsnitt 35.

¹³⁴ Axelsen (2009) s. 205.

¹³⁵ Rt. 2007 s. 1684 avsnitt 33.

nativ fremgangsmåte eller tatt skritt til avfallshåndtering fra bedriftens side i løpet av de fire dagene som gikk fra A varslet om utslippet, til han tømte ut ett av fatene»

Axelsen mener at dette innebærer en klar bebreidelse av ledelsen. Det vises også til følgende:¹³⁶

«Jeg er enig med lagmannsretten i at foretakets ledelse har gjort lite for å sikre at miljøet ikke skades ved at betydelige mengder ammoniakk har kommet på avveie»

På bakgrunn av dette hevdes det at kjennelsen er uklar fordi Høyesterett eksplisitt uttaler at det ikke er et vilkår at ledelsen kan klandres, samtidig som ledelsens skyld drøftes på vilkårsiden under tilknytningskravet. Det reises derfor spørsmål om skyld hos ledelsen er et vilkår for foretaksstraff etter straffeloven § 48a, eller om det kun er et moment i den skjønsmessige vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges etter straffeloven § 48b.

Avgjørelsen viser at tilknytningsvilkåret innebærer en vurdering av om instruksbrudd er påregnelig, hvor det sentrale er om instruksbruddet kunne forutsees av foretaket. Nødvendige momenter i denne drøftelsen er hvilken kunnskap ledelsen besitter, og hvilke handlinger og tiltak den har foretatt. Uaktsomhet hos ledelsen får altså indirekte betydning i vurderingen, men utgjør ikke et selvstendig vilkår etter straffeloven § 48a. Jeg er imidlertid enig med Axelsen i at Høyesterett burde avklart dette tydeligere. Grensen mellom hva som er vilkår og hva som er momenter er uklar.

Dommen illustrerer dessuten at det stilles strenge krav til ledelsens aktsomhet, og den går etter min mening langt i å bebreide foretaket i relasjon til tilknytningskravet. Det skal svært mye til før instruksbrudd og illojalitet fører til at vilkåret ikke er oppfylt. Selv om det foreligger instruksbrudd, vil for eksempel det faktum at foretaket kunne forutse instruksbruddet eller burde hatt bedre kontrollrutiner, føre til at tilknytningskravet likevel er oppfylt. Dette tilsier at det i den grad det foreligger skyld hos ledelsen utvides grensen for hvilke handlinger foretaket hefter for tilsvarende.

¹³⁶ Rt. 2007 s. 1684 avsnitt 46.

Konklusjonen blir dermed at skyld hos ledelsen kan utgjøre et moment i vurderingen av om tilknytningskravet i straffeloven § 48a er oppfylt.

6 Betydningen av ledelsens skyld i den fakultative vurderingen

6.1 Innledning

Det er et vilkår i straffeloven § 48a at den eller de som har handlet på foretakets vegne oppfyller straffebudets skyldkrav. Det oppstilles derimot ikke et tilleggsvilkår om at ledelsen må ha utvist skyld, selv om klanderverdighet kan få betydning som moment i relasjon til om tilknytningskravet er oppfylt. Den fakultative vurderingen i § 48b innebærer at foretaket likevel kan frifinnes, selv om vilkårene for straff er oppfylt. Om foretaket skal frifinnes beror på en skjønnsmessig helthetsvurdering av en rekke momenter. Dette betyr at spørsmålet om skyld og ledelsesskyld også vil kunne være sentrale vurderingstemaer etter § 48b. Problemstillingen i det følgende er således hvilken betydning bebreidelse av ledelsen får i kan-skjønnet. Sentrale spørsmål i den forbindelse er hvor strenge krav som stilles, og om det i realiteten oppstilles et krav til ledelsesskyld.

6.2 Betydningen av overtredelsens grovhet, jf. § 48b bokstav b

I vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges skal det etter straffeloven § 48b bokstav b særlig tas hensyn til «overtredelsens grovhet». Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad skyld hos foretaket kan ha innvirkning på vurderingen av grovheten.

Vurderingstemaet knyttes til uttrykket «overtrådt» i grunnvilkårene i straffeloven § 48a. Det tyder på at grovheten både har en objektiv og en subjektiv side. Dette støttes av forarbeidene, hvor det uttales følgende:¹³⁷

«Med formuleringen «grovheten av overtredelsen» siktes det særlig til størrelsen av skaden eller skademuligheten. Hvorvidt det også skal legges vekt på hvor klanderverdig overtredelsen er, beror på omstendighetene. Hvis for eksempel foretaket har gjort alt som med rimelighet kan kreves for å hindre lovbrudd, bør det normalt ikke få betydning om en ansatt har opptrådt meget skjodesløst, slik at overtredelse likevel finner sted»

Den subjektive siden måles ved klanderverdighet, noe som tilsier at grovheten påvirkes av hvilken skyldform og skyldgrad som er utvist. Det vil dermed kunne ha betydning om handlingen er forsettlig eller uaktsom, samtidig som for eksempel skyldgraden grov uaktsomhet lettere vil fremstå som mer klanderverdig enn simpel uaktsomhet. I Rt. 2009 s. 1079 fikk

¹³⁷ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 21.

skyldgraden avgjørende betydning i den skjønnsmessige vurderingen. Høyesterett mente at den ansatte ikke var i unnskyldelig rettsvillfarelse og skyldkravet var dermed oppfylt, men kom likevel til at foretaket ikke skulle straffes. Det forelå liten grad av skyld hos gjerningspersonen og derfor ble ikke foretaksstraff ansett formålstjenlig.¹³⁸

Overtredelsens grovhet, herunder klanderverdighet, ble vektlagt i Rt. 2008 s. 996. I denne saken ble selskapet KPMG ilagt foretaksstraff for en ansvarlig revisors brudd på revisor- og regnskapslovgivningen. Den sviktende revisjonen ble ansett for å gjelde sentrale poster i regnskapet som det for enhver revisor burde fremstå som vesentlig å kontrollere. Høyesterett mente revisjonssvikten ville blitt avslørt dersom adekvate og relativt enkle kontrolltiltak hadde vært foretatt.¹³⁹ Sistnevnte innebærer en bebreidelse av foretaket.

Forarbeidsuttalelsen ovenfor viser at det ikke kun er gjerningspersonens skyld som skal vektlegges, men også foretakets skyld. Klanderverdigheten knyttes blant annet til spørsmålet om foretaket har gjort det som rimeligvis kan forventes for å hindre lovbrudd. Grovhetens subjektive side knyttes på den måten til vurderingen som foretas etter straffeloven § 48b bokstav c, hvor det skal tas hensyn til om foretaket kunne forebygget overtredelsen ved organisatoriske tiltak. Høy skyldgrad hos gjerningspersonen kan etter omstendighetene lede til frifinnelse dersom foretaket ikke kunne forebygget overtredelsen ved organisatoriske tiltak. På denne måten glir momentene over i hverandre.

Skyld hos foretaket får etter dette også betydning i vurderingen av overtredelsens grovhet. Grovheten påvirkes av hvilken skyldform og skyldgrad som er utvist ved lovovertrædelsen. Samtidig vil det ha betydning om foretaket kan bebreides for ikke å ha forebygget lovbruddet i tilstrekkelig grad. Sistnevnte vil bli vurdert nærmere i neste punkt.

6.3 Betydningen av forebyggende tiltak, jf. § 48b bokstav c

6.3.1 Innledning

Etter straffeloven § 48b bokstav c skal det særlig tas hensyn til «om foretaket ved retningslinjer, instruksjon, opplæring, kontroll eller andre tiltak kunne ha forebygget overtredelsen». Det vil være mindre grunn til å straffe et foretak som ikke har hatt mulighet til å forebygge lovbruddet. Den preventive effekten av straff vil være liten hvis foretaket ikke kan forhindre lig-

¹³⁸ Rt. 2009 s. 1079 avsnitt 37.

¹³⁹ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 41.

nende handlinger i fremtiden.¹⁴⁰ Momentet har derfor stor betydning for vurderingen av straffverdigheten.¹⁴¹

Som nevnt tidligere, siktes det med «foretaket» i denne sammenhengen først og fremst til ledelsen. Spørsmålet er dermed hvordan skyld hos ledelsen vektlegges i vurderingen av bokstav c, og hvor strenge krav som stilles til ledelsens aktsomhet. Nedenfor følger noen utvalgte saker som kan belyse spørsmålet.

6.3.2 Rt. 1993 s. 459

Saken gjaldt spørsmål om inndragning. En ansatt stoppet ikke i tollen med utstyr som etter instruks fra arbeidsgiver skulle tollklareres. Vilåårene for inndragning overfor selskapet var oppfylt, men Høyesterett kom til at inndragning ikke burde skje. Momentene i straffeloven § 48b ble ansett relevante for den foreliggende saken. Begrunnelsen for resultatet var blant annet at «selskapet hadde gjort alt det kunne for å sikre korrekt behandling ved utlevering av tollpapirer og instruks om tollklarering, en instruks man måtte kunne regne med at ville bli fulgt».¹⁴² Forebyggende tiltak, herunder det faktum at selskapet ikke på noen måte kunne bebreides for overtredelsen fikk avgjørende betydning for resultatet.

6.3.3 Rt. 2007 s. 1684

Forebyggende tiltak ble særlig fremhevet i Rt. 2007 s. 1684, både i vurderingen av om tilknytningskravet i § 48a var oppfylt og i hensiktsmessighetsvurderingen etter § 48b. I avgjørelsen av om tilknytningsvilkåret var oppfylt la Høyesterett, som nevnt i kapittel 5, vekt på om lovbruddet kunne vært forhindret gjennom organisatoriske tiltak som ledd i påregnelighetsvurderingen ved instruksbruddet. Ettersom foretaket ikke hadde etablert betryggende instruks for håndtering av ammoniakk ble lovbruddet ansett for å være påregnelig og dermed var tilknytningskravet oppfylt.

I den fakultative vurderingen ble det lagt stor vekt på at foretaket manglet retningslinjer, opplæring og internkontroll som kunne ha forebygget overtredelsen. Selv om instruksbrudd er et moment som taler mot å ilegge straff kunne ikke det få avgjørende vekt i denne saken, fordi

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 21.

¹⁴¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 432.

¹⁴² Rt. 1993 s. 459 s. 462.

foretaket kunne gjort mer for å forhindre det ulovlige utslippet. Dette innebærer en klar bebreidelse av ledelsen.

Dommen viser imidlertid at det stilles strenge krav til ledelsen vedrørende organisatoriske tiltak. I denne saken forelå det generelle instruks om hvordan ammoniakkblanding skulle behandles i forhold til det ytre miljø, samtidig som den erfarne medarbeideren hadde fått muntlig instruks om ikke å tømme ut blandingen og behandle den forsvarlig. Instruksene ble likevel ikke ansett tilstrekkelige. Selskapet kunne gjort mer for å forhindre utslippet både i form av mer utførlig konkret instruks om alternative fremgangsmåter og generelle instruks om håndtering av slik ammoniakkblanding. Dette viser at ledelsen pålegges et strengt ansvar.

6.3.4 Rt. 2008 s. 996

Forebyggende tiltak var også et tema i Rt. 2008 s. 996. Spørsmålet var om revisjonsselskapet KPMG skulle ilegges foretaksstraff for en partners overtredelse av revisor- og regnskapslovgivningen. Det var klart at vilkårene i straffeloven § 48a var oppfylt ettersom det forelå en rettskraftig dom mot partneren. Retten skulle dermed vurdere om foretaksstraff skulle ilegges etter den skjønnsmessige bestemmelsen i straffeloven § 48b. Høyesterett mente at et vesentlig spørsmål i saken var om selskapet kunne bebreides for det som hadde hendt og om selskapet burde handlet annerledes. Spørsmålet måtte både ses i sammenheng med bokstav a om straffens preventive virkning, og bokstav c, om foretaket kunne forebygget lovbruddet ved organisatoriske tiltak.¹⁴³

Høyesterett mente at selskapet hadde gode manualer for utøvelsen av revisjonen og at det ikke hadde hatt noen instruksjonsmyndighet i forhold til den ansvarlige partneren. Det kunne heller ikke pekes på konkrete tiltak som selskapet burde foretatt for å forebygge overtredelsen. Likevel ble selskapet ilagt en bot på 5 millioner kroner. Høyesterett var enig med mindretallet i lagmannsretten som mente at det ikke var tilstrekkelig å ha gode manualer. Det er etterlevelsen som er avgjørende og det var her det hadde sviktet. Det ble vist til mindretallets uttalelser:¹⁴⁴

«Det er også etterlevelsen av manualene som er det vanskeligste å gjøre noe med ved generelle retningslinjer. På dette området er det derfor viktig ikke bare å fokusere på

¹⁴³ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 30.

¹⁴⁴ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 35.

aktsomhet. Det bør i sterkere grad fokuseres på den objektive risiko for manglende etterlevelse for å oppnå en sterkere preventiv effekt»

Foretaksstraff ble idømt både på tross av at retten ikke kunne påvise hva som burde vært gjort annerledes og at selskapet ikke kunne forebygget overtredelsen ved organisatoriske tiltak. Prevensjonshensynet fikk avgjørende betydning ettersom trussel om foretaksstraff vil kunne være med på å sikre etterlevelsen av forebyggende tiltak og skjerpe årvåkenheten rundt den interne oppfølgingen.¹⁴⁵ Høyesterett sa videre at det ikke er en forutsetning for foretaksstraff at foretaket eller ledelsen kan bebreides for de feil og mangler som ligger til grunn for lovbruddet. Det kunne ikke være avgjørende at det kan være vanskelig for påtalemyndigheten å påvise konkret hva som burde gjøres annerledes.¹⁴⁶

Avgjørelsen går etter min mening i retning av et objektivisert ansvar for foretaket. Årsaken er at det stilles så strenge krav til ledelsens aktsomhet at det i realiteten foreligger et tilnærmet objektivt ansvar. Ettersom skyldkravet i straffeloven § 48a var oppfylt, er ansvaret likevel ikke helt objektivt. Dommen legger dessuten opp til en strengere vurdering enn det forarbeidenes uttalelse om sammenhengen mellom forebyggende tiltak og den preventive effekten tilsier. Avgjørelsen gir uttrykk for at dersom andre momenter taler for foretaksstraff, vil det ikke ha avgjørende betydning at foretaket ikke kunne iverksatt tiltak som kunne forebygget den straffbare handlingen.

6.3.5 Rt. 2012 s. 770

Avgjørelsen gjelder en arbeidsulykke hvor en driftsoperatør ble 100 % ufør som følge av et fall fra en usikret plattform. Flere personer hadde benyttet plattformen i strid med generelle instruksjoner i mange år, herunder skadelidte selv. Det ble aldri meldt fra om at det ble arbeidet fra den usikrede plattformen, heller ikke som avvik i bedriftens avvikssystem slik de ansatte pliktet. Ledelsen var således ikke kjent med bruken og det ble heller ikke fanget opp av bedriftens HMS-system. Spørsmålet for Høyesterett var om bedriften Norcem AS skulle idømmes foretaksstraff for overtredelse av diverse bestemmelser i arbeidsmiljølovgivningen, jf. straffeloven §§ 48a og 48b. Norcem ble frikjent i tingretten og lagmannsretten, men ble dømt i Høyesterett.

¹⁴⁵ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 36.

¹⁴⁶ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 38.

Det var ikke mulig å peke på konkrete mangler ved bedriftens HMS-system. Likevel burde HMS-systemet fanget opp og avdekket bruken av den usikrede plattformen. Årsaken til ulykken ble i stor grad ansett å være «systemsvikt» som virksomheten måtte hefte for. Det ble videre lagt vesentlig vekt på overtredelsens grovhet, samt hensynet til straffens preventive betydning.¹⁴⁷

Lagmannsretten og tingretten la i sine frifinnelser stor vekt på at bedriftens ledelse ikke kunne klandres for ulykken. Høyesterett presiserte at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at ledelsen kan klandres. Likevel er manglende tiltak som kunne ha forhindre ulykken sentralt i begrunnelsen for illeggelse av straff. Bedriften burde i større grad klarlagt og identifisert særlige faremomenter på anlegget, det burde det vært stilt mer konkrete spørsmål om hvordan risikofylt arbeid faktisk ble utført og de ansattes nærmeste ledere burde i større grad vært innpodet sitt ansvar som ledere, særlig i forhold til å overholde reglene og å rapportere om avvik.¹⁴⁸

Fougner hevder at straffeansvaret for foretak etter denne dommen er blitt objektivisert «[n]år utgangspunktet for straff ikke lenger er at noen som har handlet på vegne av foretaket kan bebreides for overtredelsen».¹⁴⁹ Det er litt uklart hva han legger i uttalelsen. En mulig tolkning kan være at retten ilegger straff for foretak på et objektivt grunnlag. En innvending mot dette er at vilkårene for foretaksstraff i straffeloven § 48a, herunder skyldkravet, allerede var rettskraftig avgjort av tingretten.¹⁵⁰ Der ble det slått fast at det var snakk om kumulative feil, i dette tilfellet flere personer som hadde unnlatt å melde fra om avvik, og at dette samlet sett statuerte uaktsomhetsansvar for bedriften. Det var således kun spørsmålet om det skulle ilegges ansvar etter den skjønnsmessige bestemmelsen i straffeloven § 48b som skulle avgjøres av Høyesterett.

En annen tolkning er at avgjørelsen oppfattes som så streng at det i realiteten foreligger et objektivt ansvar. Det faktum at HMS-systemet ikke var mangelfullt, at ulykken skyldtes internt brudd fra ansatte og skadelidte selv, og at ledelsen ikke var kjent med den instruksstridige bruken av plattformen, er momenter som i stor grad burde føre til frifinnelse. Likevel ble straff idømt fordi det forelå systemsvikt. Høyesterett legger vekt på tiltak som kunne avverget

¹⁴⁷ Rt. 2012 s. 770 avsnitt 41-46.

¹⁴⁸ Rt. 2012 s. 770 avsnitt 42.

¹⁴⁹ Fougner (2013) s. 138.

¹⁵⁰ Rt. 2012 s. 770 avsnitt 12.

ulykken, men kravene som stilles er strenge. Avgjørelsen bygger derfor i liten grad på at ledelsen kan klandres. Det oppstilles etter dette et meget strengt aktsomhetskrav. Begrunnelsen virker å være den samme som i Rt. 2008 s. 996, nemlig den side ved prevensjonshensynet som vil bidra til at foretak stadig skjerper oppmerksomheten rundt rutiner, instruksjoner og retningslinjer for å forebygge ulykker.

6.3.6 Konklusjon

Det følger av rettspraksis at et sentralt punkt i vurderingen av bokstav c er om foretaket kan bebreides for det som har hendt og om det burde handlet annerledes. Avgjørelsene viser at skyld hos ledelsen får betydning, men at straffeansvaret for foretak strekker seg langt. Det stilles strenge krav til ledelsens aktsomhet og terskelen for frifinnelse er høy selv om foretakene har gjennomført tiltak for å forebygge lovbrudd. Det kreves blant annet tydelige og konkrete retningslinjer, rutiner og instruksjoner, og en reell oppfølging og etterlevelse av disse. Det er ikke tilstrekkelig å ha gode retningslinjer hvis de ikke blir fulgt opp i praksis.

6.4 Betydningen av nyere rettspraksis

6.4.1 Innledning

I den senere tid har det blitt avsagt to nye dommer om foretaksstraff i Høyesterett med frifinnende resultat. Dommene reiser spørsmål om praksisen rundt betydningen av ledelsens skyld er i ferd med å endres. Dette vil derfor bli vurdert i det følgende.

6.4.2 Rt. 2013 s. 312. «Takras»

En person ble hardt skadet av en isklump som falt ned fra en gesimskasse på taket på en bygård. Et av spørsmålene i saken var om gårdeierselskapet skulle ilegges foretaksstraff. Vedkommende som hadde påtatt seg ansvaret for inspeksjon av taket ble i forbindelse med dette dømt for overtredelse av straffeloven § 238 for uaktsom personskade og ble videre ansett for å handle på vegne av selskapet. Vilkårene for å idømme foretaksstraff etter straffeloven § 48a var dermed oppfylt og spørsmålet var om straff burde ilegges etter kan-skjønnets i straffeloven § 48b.

Gårdeierselskapet ble under dissens 3-2 frifunnet. Flertallets begrunnelse var blant annet at man stod overfor en hendelse som tidligere ble holdt for å være usannsynlig. Videre var det snakk om en konkret vurderingssvikt fra den som utførte inspeksjonen, som «foretakets ledel-

se ikke godt kunne forventes å skulle ha forebygget gjennom mer utførlige instruksjer».¹⁵¹ Selskapets generelle rutiner for avdekking av rasfare ble også ansett for å være på høyde med det andre gårdeiere praktiserte.¹⁵²

Mindretallet mente at driftsavdelingens inspeksjonsrutiner vedrørende kontroll av taket var mangelfulle, og at prevensjonshensynet derfor i stor grad talte for illeggelse av foretaksstraff. Det ble vist til en uttalelse i Rt. 2008 s. 996,¹⁵³ hvor foretaksstraff ble begrunnet i den preventive effekten slik straff gir til å forebygge lovbrudd gjennom skjerpet årvåkenhet og intern oppfølging.¹⁵⁴ Mindretallet legger seg dermed på samme strenge linje som tidligere praksis.

Flertallets begrunnelse kan således tyde på en viss oppmykning av den strenge praksisen rundt ledelsens aktsomhet. På den annen side må det tas i betraktning at det kan ha hatt betydning for frifinnelsen at saken omhandlet uaktsom legemsbeskadigelse, ettersom dette ikke hører til foretaksstraffens kjerneområde.

6.4.3 Rt. 2013 s. 1025. «Norconsult»

Saken gjaldt spørsmål om anvendelse av foretaksstraff for korrupsjon begått av en ansatt i selskapet Norconsult. Foretaket ble enstemmig frifunnet, men det var dissens om begrunnelsen. Flertallet mente at selskapet kunne bebreides for ikke å ha gjort mer for å forebygge overtredelsen, jf. § 48b bokstav c.¹⁵⁵ Korrupsjon burde vært tatt opp eksplisitt i de etiske retningslinjene, det burde vært utarbeidet rutiner for håndtering av korrupsjonsspørsmål og det burde vært jevnlig innskjerping og oppfrisking av rutiner. Selskapet ble likevel frifunnet fordi andre reaksjoner talte mot foretaksstraff, det var gått lang tid fra saken var oppklart til tiltale ble tatt ut og det var foretatt flere tiltak for å forhindre korrupsjon i ettertid. Mindretallet begrunnet derimot frifinnelsen i bokstav c.

Førstvoterende uttalte at avgjørelsene i Rt. 2007 s. 1684, Rt. 2008 s. 996 og Rt. 2012 s. 770 «er etter min oppfatning eksempler på at foretaksstraffen også rammer der handlingen som sådan er begått på et underordnet nivå, men der foretakets ledelse kan bebreides for ikke å ha

¹⁵¹ Rt. 2013 s. 312 avsnitt 39.

¹⁵² Rt. 2013 s. 312 avsnitt 40.

¹⁵³ Rt. 2008 s. 996 avsnitt 36.

¹⁵⁴ Rt. 2013 s. 312 avsnitt 50.

¹⁵⁵ Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 62-72.

truffet tiltak som kunne ha forebygget hendelsen».¹⁵⁶ Mindretallet er enig med førstvoterende på dette punkt «når han ser sakene som dømte på at foretaksstraffa også rår der handlinga som slik er gjort på eit underordna nivå, men der leiinga kan lastast for ikkje å ha gjort tiltak som kunne ha førebygd hendinga».¹⁵⁷

Umiddelbart kan det virke som førstvoterende mener at det er et vilkår for i det hele tatt å kunne ilegge foretaksstraff at ledelsen kan bebreides for ikke å ha truffet adekvate tiltak for å forebygge lovbrudd begått av underordnede.¹⁵⁸ Denne tolkningen har imidlertid ikke støtte i de nevnte dommene, noe gjennomgangen så langt har vist. I Rt. 2007 s. 1684 var riktignok sviktende retningslinjer, manglende opplæring og internkontroll sentralt i begrunnelsen for foretaksstraff, men det fremgår klart at det *ikke* er et vilkår at ledelsen kan klandres. Det samme uttrykkes i Rt. 2008 s. 996, hvor lovbruddet heller ikke ble begått av en underordnet. I Rt. 2012 s. 770 finner førstvoterende grunn til å presisere at det ikke er noen betingelse for foretaksstraff at ledelsen kan bebreides, selv om vilkårene for foretaksstraff etter § 48a allerede var rettskraftig avgjort av tingretten. Manglende tiltak som kunne forhindre ulykken er likevel en del av begrunnelsen for straff. Høyesterett skulle dessuten heller ikke ta stilling til om vilkårene for foretaksstraff etter § 48a var oppfylt i Norconsult-saken, ettersom denne delen av anken ikke ble tillatt fremmet.¹⁵⁹ Videre foregår drøftelsen i tilknytning til straffeloven § 48b bokstav c. Uttalelsen endrer derfor ikke den rettstilstanden som ble fastslått i Rt. 2007 s. 1684.

En annen tolkning av uttalelsen er at Høyesterett mener at § 48b bokstav c må forstås som et *krav* om at *ledelsen* må kunne bebreides for manglende organisatoriske tiltak som kunne ha forebygget lovbrudd begått av *underordnede*. Særlig mindretallets uttalelser antyder en slik tolkning. I så fall innebærer det en justering sammenliknet med tidligere rettspraksis.

For mindretallet var spørsmålet i hvilken grad det kan bli ilagt foretaksansvar når det finnes en ansvarlig gjerningsperson som ikke tilhører ledelsen. Mindretallet var enig med flertallet i at Norconsult manglede retningslinjer og etiske prinsipper som skulle motvirke korrupsjon. Det avgjørende spørsmålet var imidlertid om slike retningslinjer likevel kunne ha forebygget over-

¹⁵⁶ Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 49.

¹⁵⁷ Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 110.

¹⁵⁸ Matningsdal (2014) note 467-468 til straffeloven § 48a.

¹⁵⁹ Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 17.

treddelsen, jf. bokstav c.¹⁶⁰ På dette punkt skiller mindretallet seg fra flertallets vurdering. Flertallet mente at Norconsult generelt manglet tiltak for å motvirke korrupsjon i sin helhet, og at dette talte for illeggelse av foretaksstraff.¹⁶¹ Mindretallet la derimot vekt på at den konkrete hendelsen ikke kunne vært forebygget ved ytterligere retningslinjer eller tiltak fra foretakets side. Det presiseres deretter at dette «er ein del av vilkåra etter retningslinja i § 48 b bokstav c».¹⁶² Gjerningspersonen opptrådte illojalt, skrev under på korrupsjonserklæring og ble grundig advart om at korrupsjon var uakseptabelt. I tillegg var vedkommende personlig straffet for sine handlinger. Dette var tilstrekkelig til ikke å ilegge Norconsult foretaksstraff.

Det kan virke som mindretallet mener det etter bokstav c er et *vilkår* for illeggelse av foretaksstraff at den konkrete lovovertrедelsen kunne vært forhindret av ledelsen. Dette harmonerer imidlertid verken med ordlyden i §§ 48a eller 48b, uttalelser i forarbeidene eller rettspraksis, hvor spørsmålet om illeggelse av foretaksstraff skal bero på en skjønnsmessig helhetsvurdering. Dessuten må det understrekes at dette nettopp er mindretallets votum, noe som tilsier at uttalelsene uansett tillegges mindre vekt.

6.4.4 Konklusjon

Både tidligere og nyere rettspraksis viser at det i realiteten oppstilles et krav til en form for skyld hos foretakets ledelse, selv om Høyesterett eksplisitt har sagt at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at ledelsen kan klandres. Dette er en naturlig konsekvens av vurderingstemaet i bokstav c. Flere av avgjørelsene der foretaket er idømt straff må regnes som svært strenge i relasjon til ledelsens aktsomhet, men alle inneholder elementer av bebreidelse i form av at ledelsen burde og kunne gjort mer.

Flertallets uttalelse i Norconsultdommen kan etter min mening ikke tolkes slik at Høyesterett mener § 48b bokstav c må forstås som et *krav* om at *ledelsen* må kunne bebreides for ikke å ha truffet tiltak som kunne ha forebygget overtredelsen når handlingen er begått av *underordnede*. For det første harmonerer ikke en slik tolkning med det øvrige rettskildebildet. For det andre vil det nærmest automatisk være et element av bebreidelse hvis man ikke har gjort nok i forhold til de tiltakene som listes opp i bokstav c, samtidig som det alltid vil være ledelsen som har det formelle ansvaret for disse. Omvendt kan man si at dersom foretaket har gjort alt

¹⁶⁰ Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 112.

¹⁶¹ Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 69-71.

¹⁶² Rt. 2013 s. 1025 avsnitt 117.

som er mulig for å forebygge, så er det heller ikke noe å bebreide noen for. Avgjørelsen endrer derfor ikke rettstilstanden rundt spørsmålet om betydningen av ledelsens skyld.

7 Bør skyldkrav til ledelsen være et vilkår for foretaksstraff?

Høyesterett uttaler eksplisitt at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at ledelsen kan klandres, men det opereres i praksis med et strengt aktsomhetskrav til ledelsen. Spørsmålet i det følgende er om det burde være et vilkår for straff at ledelsen har utvist skyld.

Det er et tungtveiende prinsipp i norsk rett at man ikke skal straffe noen som ikke har utvist skyld. Det er imidlertid flere grunner til at det er mindre betenkelig å fravike skyldprinsippet når det gjelder foretak. Foretaksstraff er mindre inngripende enn personlig straffansvar. Straffen rammer kun foretaket og ikke enkeltpersoner direkte. Frihetsberøvelse kan naturligvis ikke benyttes mot foretak, og straffen rammer stort sett kun økonomiske interesser. Foretaksansvaret er heller ikke obligatorisk. Det skal foretas en skjønnsmessig helhetsvurdering av om straff bør ilegges, hvor skyld hos ledelsen er et moment. Det foreligger derfor muligheter til å frifinne foretakene i de tilfellene hvor straff fremstår som urimelig.

Skyldprinsippet har sitt grunnlag i fysiske personers vilje. Foretak som sådan har ikke egen vilje, og kan følgelig ikke utvise skyld. Bak foretaket står det imidlertid fysiske personer. Som regel vil det være slik at det er personer i ledelsen som har størst innflytelse på tilretteleggingen av driften og organiseringen av foretaket, og således størst mulighet til å påvirke forhold som er av betydning for om lovbrudd begås eller ikke.¹⁶³ Ledelsen kan sies å representere foretakets vilje. Foretaksansvaret er best egnet til å motivere de personer med reell innflytelse i selskapet til å forebygge lovbrudd. En side ved prevensjonshensynet er å hindre uønskede handlinger. Derfor kan det av preventive hensyn være hensiktsmessig med et skyldkrav til foretaksledelsen.

I denne sammenheng kan det tilføyes at Axelsen hevder foretaksstraff vil ha en lavere preventiv effekt dersom man ikke har noe skyldkrav til ledelsen i det hele tatt.¹⁶⁴ Det fremheves at bøter ikke er særlig avskrekkende og at foretak sjelden erkjenner skyld selv om boten vedtas. For at foretaksstraff skal fungere som et preventivt middel må foretakets ledelse og dets eiere oppfatte det å bli ilagt straff som stigmatiserende. Det gjøres ved statuering av skyld hos ledelsen. Han mener det vil ha «størst avskrekkende effekt om det fremkommer klart av den strafferettslige reaksjonen at ledelsen er å bebreide».

¹⁶³ Asbjørnsen (1995) s. 27.

¹⁶⁴ Axelsen (2009) s. 210.

Et skyldkrav til ledelsen vil også være i tråd med rettferdighetshensynet som ligger bak skyldprinsippet. Spesielt i store foretak med mange ansatte vil det kunne oppfattes som urimelig at straff ilegges når overtredelsen er begått på et lavt nivå i bedriften uten at ledelsen har utvist uaktsomhet. Skyld hos ledelsen som vilkår for straff bidrar til at straffen oppfattes som rettferdig. At straffen oppfattes som rettferdig har betydning for straffens legitimitet og den preventive effekten av det enkelte straffebud. Prevensjonshensynet ivaretas dårlig dersom ledelsen ikke har en realistisk mulighet til å forhindre lovbruddet. Forebygging må lønne seg. Uten et uttrykkelig skyldkrav til ledelsen er det fare for at straffeansvaret blir så strengt og unyansert at det virker mot sin hensikt.

Hensynet til forutberegnelighet for foretaksledelsen tilsier også at det bør være et krav om ledelsesskyld. Foretaksstraff kan i prinsippet anvendes på alle straffebud. Det komplekse regelverket gjør det utfordrende for ledelsen å beholde oversikten og kontrollen i bedriften. Gjennomgangen av rettspraksis viser dessuten at det er uklart hva og hvor mye som kreves av ledelsen. Et uttrykkelig vilkår om ledelsesskyld kan således skape mer forutsigbarhet for ledelsen.

På den annen side vil et slikt vilkår gjøre det vanskeligere å ansvarliggjøre foretak strafferettslig. Grunnen er at påtalemyndigheten vil få bevisbyrden for at ledelsen har opptrådt uaktsomt. Dette vil kunne kreve omfattende undersøkelser og bevisføring, spesielt i store selskaper. Det kan være vanskelig å bevise skyld hos ledelsen selv om det er på det rene at en lovovertrедelse er begått på vegne av foretaket. Dermed vil flere straffbare forhold forbli ustraffet. Håndhevelsen av straffebudene vil således være mer effektiv uten et vilkår om skyld hos foretaksledelsen. Selskaper kan dessuten utøve samfunnsskadelig virksomhet. Det er derfor av stor betydning og av hensyn til borgernes trygghet at samfunnsskadelig kriminalitet bekjempes effektivt. Axelsen er også inne på dette når han påpeker at det kan være hensiktsmessig med en regel som ikke krever skyld hos ledelsen av hensyn til behovet for å forebygge ulykker og uheldig opptreden fra foretak.¹⁶⁵

En annen mulig konsekvens av at skyld hos ledelsen må bevises er større motivasjon for tilrettelegging av ansvarspulverisering. For mange selskaper er det fristende å ta potensielt samfunnsskadelig risiko for å øke lønnsomheten og omsetningen, samtidig som organisatoriske

¹⁶⁵ Axelsen (2009) s. 209.

forebyggende tiltak er tids- og kostnadskrevende.¹⁶⁶ Ved at uaktsomhet hos ledelsen må bevises er det fare for at fokuset rettes mot å fordele ansvaret rundt i hele bedriften for å unngå straff, enn at det rettes mot forebyggende tiltak. Med planlegging kan ledelsen i større grad fraskrive seg ansvaret hvis noe går galt. Dette vil på sin side svekke foretaksstraffens preventive effekt.

Et vilkår om ledelsesskyld vil dessuten skape avgrensningsproblemer i relasjon til hvem som er «ledelsen». Hvor skal man trekke grensen for hvem som tilhører «ledelsen» i store selskaper som Statoil, Hydro, Telenor og Yara? I slike selskaper vil det i praksis være nesten umulig å bevise skyld hos for eksempel konsernledelsen når lovbruddet er begått på et lavt nivå. Konsekvensen er i så fall at disse selskapene ikke kan straffes. Den juridiske teorien tar ikke stilling til dette definisjonsspørsmålet, noe som gjør det forholdsvis enklere å forfekte et krav om ledelsesskyld.

Det må også tas hensyn til tilknytningskravet i straffeloven § 48a i vurderingen av om ledelsesskyld bør være et vilkår for foretaksstraff. Som regel vil lovbruddet være begått i foretakets interesse. Da er det rimelig at foretaket kan straffes selv om ledelsen ikke nødvendigvis har utvist uaktsomhet. Dersom gjerningspersonen eksempelvis kun har handlet i egen vinning vil dette kunne falle utenfor «på vegne av»-kravet, slik at foretaksansvar er utelukket. Tilknytningskravet gjør det derfor mindre betenkelig med en bestemmelse som ikke krever uaktsomhet hos ledelsen.

Til slutt kan det anføres at et slikt tilleggsvilkår er unødvendig ettersom det er mulig å legge vekt på foretakets skyld i vurderingen av om straff skal ilegges etter § 48b. Ledelsesskyld reflekteres indirekte i bokstav c ved at det får betydning om ledelsen kunne forebygget overtredelsen. Samtidig skal det vektlegges om noen enkeltperson blir straffet for overtredelsen, jf. bokstav g. Prevensjonshensynet kan etter omstendighetene anses tilstrekkelig ivaretatt dersom personlig straff ilegges noen i ledelsen eller andre fysiske personer i foretaket.¹⁶⁷ Særlig i mindre foretak med få ansatte vil personlig straffansvar kunne virke mer preventivt og hensiktsmessig enn foretaksstraff. Dermed reduseres behovet for et tilleggsvilkår om skyld hos ledelsen ytterligere.

¹⁶⁶ Axelsen (2009) s. 198.

¹⁶⁷ Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) s. 27.

På bakgrunn av at ileggelse av foretaksstraff vil bli vanskeligere og risikoen for økt fokus på ansvarspulverisering i stedet for forebygging, er det etter min mening ikke hensiktsmessig med et uttrykkelig uaktsomhetskrav til ledelsen. Jeg mener imidlertid likevel at foretaksstraff ikke bør ilegges dersom det ikke foreligger et forbedringspotensial for ledelsen. Det bør ha foreligget en realistisk mulighet for ledelsen til å kunne forebygge lovbrudd i det konkrete tilfellet for å unngå at foretaksstraff generelt ikke skal oppfattes som urimelig. På den måten mister ikke foretaksstraffen sin preventive virkning.

Både tilknytningskravet og momentene i kan-skjønnet er egnet til å ivareta de hensynene som begrunner krav om uaktsomhet hos ledelsen. Det krever imidlertid at påtalemyndigheten og domstolene er tydelige på hva som vektlegges i vurderingen av ledelsens skyld og hvilke tiltak som kreves av ledelsen. Det bør oppstilles en grense i den konkrete saken for hvilke forebyggende tiltak man med rimelighet kan forvente av foretaket. Likeledes bør det presiseres hva virksomheten har gjort galt og hva den kunne gjort annerledes. Dette vil i større grad øke straffens preventive effekt og på sikt sikre forutberegnelighet for foretaksledelsen.

8 Skyldkravet etter straffeloven av 2005

8.1 Endret skyldkrav

Straffeansvaret for foretak er videreført i den nye straffeloven i §§ 27 og 28. Når det gjelder skyldkravet fremgår det av § 27 første ledd annet punktum at ansvaret gjelder «selv om ingen enkeltperson har utvist skyld». Dette betyr at det ikke lenger skal kreves skyld hos den som har handlet på vegne av foretaket. Formålet er å utvide området for foretaksstraffen sammenliknet med dagens rettstilstand i de tilfeller hvor ingen enkeltperson oppfyller skyldkravet.¹⁶⁸ Begrunnelsen må sees i sammenheng med departementets ønske om å innskrenke bruken av simpel uaktsomhet. Det uttales i proposisjonen:¹⁶⁹

«Departementet foreslår i denne proposisjonen at forsett skal være den primære skyldformen for personlig straffansvar, og at det som utgangspunkt bør kreves grov uaktsomhet der et uaktsomhetsansvar er ønskelig. Skal slike skyldkrav gjelde også i samband med foretaksstraff, kan det komme til å begrense adgangen til å ilegge foretaksstraff sammenliknet med rettstilstanden i dag. Det kan falle vanskeligere å karakterisere anonyme eller kumulative feil som utslag av grov uaktsomhet enn som utslag av vanlig uaktsomhet [...] Prosessøkonomisk er det kompliserende og fordyrende å måtte bevise subjektiv skyld for at foretaksstraff skal kunne idømmes»

Dette medfører at adgangen til å ilegge foretaksstraff utvides, og det blir bevismessig enklere for påtalemyndigheten. Videre uttales det:

«Det kan etter departementets syn virke uheldig om det forhold at en bestemt gjerningsperson ikke kan straffes på grunn av manglende skyld, alltid skal gjøre at man ikke kan anvende foretaksstraff mot det foretaket som vedkommende har handlet på vegne av. Departementet vil videre finne det uheldig om de regler om subjektiv skyld som foreslås i proposisjonen, skulle begrense adgangen til å bruke foretaksstraff. Departementet foreslår etter dette at det ikke settes som betingelse for å ilegge foretaksstraff at bestemte personer som har handlet på vegne av foretaket, har utvist subjektiv skyld, og at det heller ikke skal gjelde noe skyldkrav ved anonyme eller kumulative feil»

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

¹⁶⁹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242.

Skyldkravet skal dermed heller ikke gjelde ved anonyme og kumulative feil. Skyldkravet og graden av skyld vil likevel være et moment i den skjønnsmessige vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges.¹⁷⁰ Dagens rettstilstand om unntak for hendelige uhell og force majeure-tilfeller videreføres i den nye straffeloven.¹⁷¹

Forarbeidene til den nye loven drøfter ikke om det bør eller skal gjelde et krav om skyld hos ledelsen i selskapet. Det sies bare at lovbrysterens stilling kan ha betydning for om handlingen er utført på foretakets vegne eller ikke, og at dersom gjerningspersonen har en ledende stilling i foretaket vil handlingen lettere regnes for å være foretatt på vegne av foretaket.¹⁷² Det legges dermed opp til at foretak kan straffes selv om det verken er utvist skyld i forbindelse med overtredelsen av straffebudet, eller at det foreligger skyld hos ledelsen.

Det er ikke drøftet nærmere i forarbeidene hvilke konsekvenser den nye bestemmelsen uten skyldkrav vil få. Å behandle alle spørsmål som vil reise seg i denne sammenheng ville sprengte rammene for den foreliggende fremstillingen. Avhandlingen vil i det følgende derfor kun se på forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK og avslutte med noen synspunkter på endringen av skyldkravet.

8.2 Forholdet til EMK og uskyldspresumsjonen

Det kan spørres om straffeloven § 27 uten skyldkrav er i strid med uskyldspresumsjonen i EMK art. 6 (2). Spørsmålet ble overhodet ikke drøftet i forarbeidene til den nye straffeloven. Det ble imidlertid i ettertid tilføyd i § 28 b at det skal legges vekt på om «noen som handler på vegne av foretaket, har utvist skyld». Gjerningspersonens skyld får dermed betydning i hensiktsmessighetsvurderingen. Endringen skal i følge forarbeidene bidra til å ivareta hensynene bak uskyldspresumsjonen.¹⁷³

I Rt. 2007 s. 1684 la Høyesterett til grunn at illeggelse av foretaksstraff uten noe skyldkrav til ledelsen ikke strider mot uskyldspresumsjonen.¹⁷⁴ Det uttales at det ikke er tale om et ansvar på et rent objektivt grunnlag, ettersom det stilles krav om at noen som har handlet på vegne av

¹⁷⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242 og s. 431.

¹⁷¹ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242.

¹⁷² Ot. prp. nr. 90 (2003-2004) s. 430-431.

¹⁷³ Ot.prp. nr. 22 (2008-2009) s. 397.

¹⁷⁴ Rt. 2007 s. 1684 avsnitt 38.

foretaket har overtrådt et straffebud. Tanken må være at ansvaret ikke anses rent objektivt fordi det oppstilles et skyldkrav ved overtredelsen av straffebudet.

Situasjonen stiller seg imidlertid annerledes ved den nye straffeloven hvor skyldkravet i det overtrådte straffebudet er fjernet. Ettersom det heller ikke er noe krav til skyld hos foretaksledelsen er det etter min mening etablert et tilnærmet objektivt ansvar med unntak for force majeure og hendelige uhell. Spørsmålet er om et objektivt straffansvar i den nevnte forstand krenker uskyldspresumsjonen.

Det fremgår forutsetningsvis av praksis fra EMD at foretak kan være vernet av art. 6 (2).¹⁷⁵ Uskyldspresumsjonen i art. 6 (2) lyder slik:

«Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law»

Ordlyden i art. 6 (2) gir ikke svar på om det oppstilles forbud mot objektivt straffansvar eller om det stilles krav til det materielle innholdet av straffbarhetsvilkårene.

Uskyldspresumsjonen innebærer et forbud mot å behandle den siktede som skyldig før han er dømt, og forbud mot å behandle en frifunnet som om vedkommende var skyldig.¹⁷⁶ Videre stilles det prosessuelle krav til bevis i straffesaker, herunder krav til bevisets styrke og at det er påtalemyndigheten som skal føre bevis for tiltaltes skyld.¹⁷⁷ Det fremgår av EMD-praksis at det også settes skranker for skyldpresumsjoner.¹⁷⁸ En presumsjon for subjektiv skyld innebærer at en person kan dømmes for forsett eller uaktsomhet uten at det er ført bevis for at skyldkravet er oppfylt.

For at slike presumsjoner ikke skal være i strid med uskyldspresumsjonen må den oppfylle et proporsjonalitetskrav, hvilket ble fastslått i *Salabiaku v. France*. *Salabiaku* ble idømt bot for overtredelse av den franske tolloven for smugling av ulovlige varer. Etter fransk rett var besittelse tilstrekkelig for å bli dømt. Bestemmelsen oppstilte ikke krav om skyld. Det hadde imid-

¹⁷⁵ Hika (2010) s. 539.

¹⁷⁶ Strandbakken (2003) s. 28.

¹⁷⁷ Strandbakken (2003) s. 27.

¹⁷⁸ *Salabiaku v. France*.

lertid utviklet seg en regel i rettspraksis hvor tiltalte kunne frifinnes dersom vedkommende førte bevis for force majeure. Dette medførte at den franske bestemmelsen inneholdt en presumsjon for skyld. Domstolen uttalte at konvensjonen ikke er til hinder for slike presumsjoner forutsatt at presumsjonen holdes innenfor rimelighetens grenser tatt i betraktning hva som står på spill og muligheten siktede har til å forsvare seg.¹⁷⁹ EMD kom til at uskyldspresumsjonen ikke var overskredet i det konkrete tilfellet, fordi tiltalte hadde mulighet til å frikjennes ved å føre bevis for force majeure. Selv om bestemmelsen etter sin ordlyd var objektiv, inngikk den tiltaltes subjektive skyld i vurderingen av om straff skulle idømmes.

Skyldpresumsjoner er altså ikke i strid med art. 6 (2), forutsatt at de holdes innenfor rimelige grenser. Dette innebærer en proporsjonalitetsvurdering, hvor den begrensning skyldpresumsjonen gjør i siktedes rettigheter må være proporsjonal i forhold til begrunnelsen og hensynerne bak bestemmelsen.¹⁸⁰

EMD har imidlertid ikke uttrykkelig tatt stilling til om uskyldspresumsjonen også inneholder et vern mot rent objektivt straffansvar. Høyesterett har derimot lagt til grunn at skyldpresumsjoner og objektive straffbarhetsvilkår må behandles på samme måte i relasjon til EMK art. 6 (2), fordi objektive vilkår normalt må betraktes som en presumsjon for skyld.¹⁸¹ I Rt. 2005 s. 833 fant Høyesterett at det objektive straffbarhetsvilkåret i straffeloven § 195 tredje ledd om at villfarelse om barnets alder etter seksuell omgang med barn under 14 år ikke fritar for straff, var i strid med uskyldspresumsjonen.

EMD har senere i en avvisningskjennelse lagt til grunn, i motsetning til Høyesterett, at alder som objektivt straffbarhetsvilkår ved samleie med mindreårige ikke krenker uskyldspresumsjonen.¹⁸² Proporsjonalitetsvurderingen som ble lagt til grunn i *Salabiaku v. France* fikk ikke anvendelse i denne saken. Det uttales at det er opp til hver enkelt stat å fastsette elementene ved en straffbar handling, herunder både de objektive elementene og skyldkravet for disse.¹⁸³

¹⁷⁹ *Salabiaku v. France* avsnitt 28.

¹⁸⁰ *Janosevic v. Sweden* avsnitt 101.

¹⁸¹ Rt. 2005 s. 833 avsnitt 71.

¹⁸² *G v. the United Kingdom*.

¹⁸³ *G v. the United Kingdom* avsnitt 27.

Avvisningskjennelsen tar imidlertid ikke konkret stilling til om et rent objektivt straffansvar er i strid med uskyldspresumsjonen, og spørsmålet må derfor anses uavklart. Forutsatt at EMD ved en senere anledning likestiller skyldpresumsjoner med objektivt straffansvar, blir spørsmålet om illeggelse av foretaksstraff uten skyldkrav oppfyller proporsjonalitetskravet.

Det at hele gjerningsbeskrivelsen teoretisk blir objektiv samtidig som det heller ikke oppstilles krav om skyld til ledelsen, trekker i retning av at bestemmelsen er uforholdsmessig.

Hovedbegrunnelsen for foretaksstraff er som nevnt tidligere et ønske om å gi straffebestemmelsene økt preventiv virkning og motvirke ansvarspulverisering. Forarbeidene til den nye straffeloven trekker frem effektivitet og prosessøkonomi som begrunnelse for foretaksstraff uten skyldkrav. Meningen er å gjøre det enklere å straffe lovovertrедelser ved anonyme og kumulative feil, ettersom det både kan være vanskelig og ressurskrevende å føre bevis for subjektiv skyld i disse tilfellene. Prosessøkonomiske hensyn vil normalt ikke ha stor vekt i proporsjonalitetsvurderingen, men siden straffesubjektet er et foretak blir situasjonen annerledes. Foretaksstraff er ikke like inngripende som et personlig straffansvar. Foretaksstraff rammer ikke fysiske personer direkte og det er ikke aktuelt med fengselsstraff. Reaksjonen er bøter, inndragning eller rettighetstap. Dette tilsier at et objektivt straffansvar er mindre betenkelig. På den annen side vil straff likevel kunne ramme enkeltpersoner som eiere og ansatte indirekte.

Det skal etter EMDs praksis legges stor vekt på om foretaket har mulighet til å forsvare seg selv. Det fremgår av forarbeidene at straff ikke skal ilegges dersom overtredelsen er et hendelig uhell eller utslag av force majeure. Regelen er dermed ikke fullt ut objektiv. Det er imidlertid usikkert hvor langt dette unntaket strekker seg i praksis. Videre er foretaksansvaret fakultativt og beror på en skjønnsmessig helhetsvurdering hvor det blant annet skal legges vekt på om den som har handlet på vegne av foretaket har utvist skyld, jf. § 28 b. Forarbeidene presiserer at graden av skyld skal ha særlig betydning for spørsmålet om straff bør ilegges, særlig ved anonyme og kumulative feil. Omstendighetene omkring overtredelsen og de forhold som har lagt til rette for den, vil stå sentralt i vurderingen.¹⁸⁴ Det skal også legges vekt på om foretaket kunne ha forebygget lovbruddet, jf. § 28 c. Foretaket har således anledning til å

¹⁸⁴ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 242.

forsvare seg og føre bevis for foretakets uskyld i reaksjonsfastsettelsen. Det åpnes dermed for frifinnelse ved manglende skyld. Dette taler for at regelen er holdt innenfor rimelige grenser.

Ettersom det foreligger muligheter for foretaket til å forsvare seg både gjennom unntak for hendelige uhell og force majeure og i den fakultative vurderingen, samtidig som foretaksstraff er mindre inngripende sammenliknet med personlig straffansvar, blir konklusjonen at foretaksstraff uten skyldkrav antakelig ikke krenker uskyldspresumsjonen.

8.3 Synspunkter på endringen av skyldkravet

Foretak spiller en viktig rolle i samfunnet. Mange selskaper utøver imidlertid potensielt meget samfunnsskadelig virksomhet, som kan medføre skader på miljøet og mennesker. Utøvelsen kan også få store konsekvenser for næringslivet og det økonomiske systemet. Det foreligger derfor helt klart et behov for å kunne kontrollere denne virksomheten. Et sentralt virkemiddel i den forbindelse er muligheten til å straffe foretak.

Fordelen med lovendringen er at håndhevelsen av foretaksstraffen blir mer effektiv uten et skyldkrav. Ofte kan det være slik at det er på det rene at en lovovertrедelse er begått på vegne av selskapet og at noen må ha utvist skyld for at overtrедelsen har kunnet finne sted. Man vet imidlertid ikke hvem som har gjort hva og det kan være umulig å bevise skylden. Særlig gjelder dette store foretak med mange avdelinger og ansatte. Ved at skyld ikke lenger må bevises blir det enklere å ilegge foretaksstraff. Virkningen kan være at foretakene øker aktsomheten og i større grad sørger for å ha gode rutiner og retningslinjer for å forebygge lovbrudd og uheldig opptrедen. Dette styrker formålet om prevensjon.

Selv om de nye foretaksreglene har sine fordeler og antakelig går klar av uskyldspresumsjonen, er det likevel betenkeligheter ved å fjerne skyldkravet. For det første innebærer reglene at det i realiteten er flere straffebud som kan gi grunnlag for straff, noe som gjør foretaksansvaret enda mer uoversiktlig og lite forutsigbart.

For det andre kan prevensjonshensynet få den motsatte effekt av det som er beskrevet ovenfor. Forebyggelsesmuligheten er i prinsippet liten når alt kan være grunnlag for straff. Dette kan medføre en avmakt for foretakene i relasjon til det omfattende ansvaret som er pålagt. Enkelte kan oppfatte det som nytteløst å nedlegge betydelige ressurser på forebygging.

For det tredje kan foretaksansvaret være hemmende for samfunnsutviklingen. Det foreligger allerede et strengt ansvar for foretak. Når det i tillegg ikke er et krav om skyld ved overtredelsen av straffebudet blir ansvaret enda strengere. Et for strengt ansvar kan føre til at selskaper blir handlingslammet eller lite innovative i frykt for å pådra seg straff. Dette kan gi uheldige konsekvenser for samfunnsutviklingen.

For det fjerde kan reglene føre til hyppigere bruk av foretaksstraff på bekostning av personlig straffansvar, fordi det er mindre ressurskrevende når skyld ikke må bevises. Dette kan svekke det personlige straffeansvarets preventive funksjon. Betydningen av dette er ikke drøftet i forarbeidene.

For det femte tilsier hensynet til eventuelle personlige ansvarlige at både objektive og subjektive vilkår ved overtredelsen bør være oppfylt. Gjerningspersonen risikerer å bli møtt med interne reaksjoner fra foretaket som en konsekvens av foretaksstraffen uten selv å ha gjort noe straffbart fordi skyldkravet ikke er oppfylt.¹⁸⁵

Sist, men ikke minst, bryter de nye foretaksreglene med det grunnleggende rettferdighetsprinsippet om at ingen skal straffes uten skyld og at straff bare er rettferdig hvis noen kan klandres for handlingen. Det finnes mange straffebud hvor det vil være urimelig at foretaksstraff blir ilagt på objektivt grunnlag, særlig straffebud med forsett som skyldkrav. Forarbeidene har ikke drøftet hvilke konsekvenser dette vil få, men nevner at forsettlige legemskrenkelser normalt ikke vil ligge innenfor foretakets virksomhet.¹⁸⁶ I praksis er det imidlertid vanskelig å tenke seg at en forsettlig handling er begått uten at den nødvendige skylden faktisk foreligger, men helt teoretisk kan det skje at et foretak blir ilagt foretaksstraff for overtredelse av et straffebud med forsett som skyldkrav uten at gjerningspersonen kan klandres. Det kan for eksempel objektivt sett foreligge en pengebestikkelse etter straffeloven § 276a, men hvor bestikkelsen i realiteten var en uskyldig feilutbetaling til gal konto.

På den andre siden er det som nevnt tidligere mindre betenkelig å fravike skyldprinsippet for foretak ettersom straffen er mindre inngripende ved at den ikke berører fysiske personer direkte og sanksjonen aldri kan være frihetsberøvelse. Det ligger også en sikkerhetsventil i at straffeansvaret er fakultativt, hvor det særlig skal tas hensyn til utvist skyld og om foretaket

¹⁸⁵ Høivik (2012) s. 124.

¹⁸⁶ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 431.

kunne forebygget hendelsen, jf. § 28 b og c. Selv om dette ikke hører til skyldspørsmålet, kan det lede til frifinnelse. Dessuten vil det kunne ha betydning hvilket straffebud det er aktuelt å straffe foretaket for. Det er mindre betenkelig å anvende foretaksstraff uten skyldkrav ved brudd på økonomisk reguleringslovgivning enn for eksempel ved mer moralsk klanderverdige handlinger som drap, vold og seksualforbrytelser.

Det er fortsatt usikkert når den nye straffeloven trer i kraft. Dersom foretaksreglene blir stående uten noe skyldkrav til selve overtredelsen, bør det etter min mening legges større vekt på skyldgraden og om ledelsen kunne forebygget overtredelsen i den fakultative vurderingen enn det som har vært praksis til nå, samtidig som det kanskje heller ikke bør opereres med et like strengt tilknytningskrav. Det vil være urimelig om foretaksstraff ilegges uten at det verken er bevist skyld hos gjerningspersonen eller ledelsen, og foretaket har gjort alt som rimeligvis kan forventes for å forebygge lovbruddet. De nye reglene legger i teorien opp til at dette kan skje, i og med at skyld ikke lenger er et vilkår for straff. Retten kan selvfølgelig fortsatt finne fravær av skyld hos ledelsen og hos den som handler på vegne av foretaket frifinnende under hensiktsmessighetsvurderingen. Det er således ikke sikkert at lovendringen fører til at Høyesterett endrer sin praksis. I tillegg omfattes anonyme og kumulative feil allerede av dagens regler, noe som innebærer at forskjellen på et foretaksansvar med eller uten skyldkrav til gjerningspersonen kanskje ikke blir så stor i praksis.

9 Oppsummering

Avhandlingen har behandlet skyldkravet ved foretaksstraff med særlig fokus på spørsmålet om ledelsesskyld. Det er et vilkår i straffeloven § 48a at den eller de som har overtrådt et straffebud på foretakets vegne oppfyller straffebudets skyldkrav. Det oppstilles imidlertid ikke et tilleggsvilkår om ledelsesskyld eller systemsvikt i foretaket.

Skyldkravet gjelder også ved anonyme og kumulative feil. Aktsomhetsvurderingen ved anonyme feil får derimot et særlig objektivt preg, og subjektive elementer spiller en tilbaketrukket rolle i vurderingen. Anonyme feil omfatter både straffebud med skyldformen uaktsomhet og skyldformen forsett, mens kumulative feil kun omfatter straffebud med skyldformen uaktsomhet. Kumulasjonsregelen dekker antakelig en alternativ skyldregel om uaktsom organisasjonsskyld. Forutsetningene er i så fall at gjerningspersonen(e) ikke oppfyller skyldkravet og at foretaket kan bebreides for ikke å ha forhindret lovbruddet gjennom organisatoriske tiltak.

Tilknytningsvilkåret i straffeloven § 48a innebærer at det går en grense for hvilke handlinger foretaket hefter for. Ved eventuelle instruksbrudd fra ansatte blir spørsmålet om dette var påregnelig for foretaket. Sentrale momenter i denne drøftelsen er ledelsens kunnskap og handlinger, og hvilke tiltak som er foretatt for å hindre lovbruddet. Hvis for eksempel foretaket kunne forutse instruksbruddet eller burde hatt bedre kontrollrutiner, vil tilknytningskravet være oppfylt. Uaktsomhet hos ledelsen kan dermed få betydning som moment i vurderingen av om vilkåret er oppfylt. Grensen for hvilke handlinger foretaket hefter for utvides dersom ledelsen kan klandres for lovovertrедelsen.

Skyld hos foretaksledelsen er også et sentralt moment i den fakultative vurderingen av om foretaksstraff skal ilegges etter § 48b. Overtrедelsens grovhet påvirkes av hvilken skyldform og skyldgrad som er utvist ved lovovertrедelsen, jf. bokstav b. Samtidig vil det ha betydning om foretaket kan bebreides for at lovbruddet har funnet sted, jf. bokstav c.

Det oppstilles i realiteten et krav til en form for skyld hos foretakets ledelse, selv om Høyesterett eksplisitt har sagt at det ikke er et vilkår for foretaksstraff at ledelsen kan klandres. Rettspraksis viser at straffeansvaret for foretak strekker seg langt og at det stilles strenge krav til ledelsens aktsomhet.

Den nye straffeloven legger opp til at det ikke skal være et skyldkrav til selve lovovertrедelsen, jf. § 27. Dette innebærer et tilnærmet objektivt ansvar for foretak, som bryter med det

tradisjonelle prinsippet om at ingen skal straffes uten skyld. Det skal imidlertid i den fakultative vurderingen tas hensyn til skyldkravet og skyldgraden jf. § 28 b og foretakets muligheter for å forebygge lovbruddet ved organisatoriske tiltak jf. § 28 c.

Ettersom det foreligger muligheter for foretaket til å forsvare seg både gjennom unntak for hendelige uhell og force majeure og i den fakultative vurderingen, samtidig som foretaksstraff er mindre inngripende enn personlig straffansvar, vil foretaksstraff uten et skyldkrav antakelig ikke krenke uskyldspresumsjonen i EMK.

10 Litteraturliste

Lover

- 1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10.
- 1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. mars 1977 nr. 4 (opphevet).
- 1981 Lov om vern mot forurensninger og om avfall (forurensningsloven) av 13. mars 1981 nr. 6.
- 1988 Lov om utlendingers adgang til riket og deres opphold her (utlendingsloven) av 24. juni 1988 nr. 64 (opphevet).
- 1991 Lov om endringer i straffeloven m.m. (straffansvar for foretak) av 20. juli 1991 nr. 66.
- 1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven) av 21. mai 1999 nr. 30.
- 2005 Lov om straff (straffeloven) av 20. mai 2005 nr.8.

Traktater

- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950, Roma.

Forarbeider

- SKM 1896 Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov for Kongeriget Norge.
- NOU 1989:11 Straffansvar for foretak.
- Ot.prp. nr. 27 (1990-1991) Om lov om endringer i Straffeloven m.m (straffansvar for foretak).

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Om lov om straff (straffeloven).

Ot.prp. nr. 22 (2008-2009)

Om lov om endringer i straffeloven 20. mai 2005 nr. 28.

Innst. O. nr. 55 (1990-1991)

Innstilling fra justiskomiteen om lov om endringer i straffeloven m.m (straffeansvar for foretak).

Rettspraksis

Høyesterett

Rt. 1938 s. 411.

Rt. 1988 s. 1356.

Rt. 1993 s. 17.

Rt. 1993 s. 459.

Rt. 1998 s. 652.

Rt. 2002 s. 1312.

Rt. 2004 s. 698.

Rt. 2004 s. 1457.

Rt. 2005 s. 833.

Rt. 2007 s. 785.

Rt. 2007 s. 1684.

Rt. 2008 s. 668.

Rt. 2008 s. 996.

Rt. 2009 s. 1079.

Rt. 2012 s. 770.

Rt. 2013 s. 312.

Rt. 2013 s. 1025.

EMD-dommer

G v. the United Kingdom

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 30. august 2011.

Janosevic v. Sweden

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. juli 2002.

Salabiaku v. France

The European Court of Human Rights, Strasbourg, 7. oktober 1988.

Litteratur

Andenæs (1997)

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 4. utgave. Oslo, 1997.

Andenæs (2004)

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*. 5. utgave ved Magnus Matningsdal og Georg Fredrik Rieber-Mohn. Oslo, 2004.

Asbjørnsen (1995)

Asbjørnsen, Rasmus. *Straffansvar for foretak – strl. paragraf 48a*. Oslo, 1995. (Forskning om økonomisk kriminalitet, rapport nr. 21, Norges Forskningsråd).

Axelsen (2009)

Axelsen, Niels Kristian. *Skyldkrav til ledelsen i foretak som vilkår for foretaksstraff?* I: Lov og rett. (2009), s. 195-213. (Sisert fra Lovdata).

Eskeland (2006)

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 2. utgave. Oslo, 2006.

Eskeland (2013)

Eskeland, Ståle. *Strafferett*. 3. utgave. Oslo, 2013.

Fougner (2013)

Fougner, Jan. *Gir mer straff færre alvorlige arbeidsulykker?* I: Lov og rett. (2013), s. 131-151. (Sisert fra Lovdata).

Hagstrøm (2011)

Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 2. utgave. Oslo, 2011.

Hika (2010)

Hika, Gemetchu. *Objektivt straffansvar – unntak fra skyldkravet i norsk strafferett og forholdet til uskyldspresumsjonen i EMK artikkel 6 (2)*. I: Tidsskrift for rettsvitenskap. (2010), s. 506-547. (Sisert fra Lovdata).

Høivik (2012)	Høivik, Knut. <i>Foretaksstraff</i> . Oslo, 2012.
Matningsdal (1996)	Matningsdal, Magnus. <i>Straffeansvar for foretak. I: Jus- sens venner</i> . (1996), s. 98-115. (Sitert fra Lovdata).
Matningsdal (2014)	Matningsdal, Magnus. <i>Kommentarer til straffeloven</i> . Gyldendal Rettsdata. (Sitert 20. november 2014).
Matningsdal/Bratholm (1995)	Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. <i>Straffeloven med kommentarer. Anden Del. Forbrytelser</i> . Oslo, 1995.
Matningsdal/Bratholm (2003)	Matningsdal, Magnus og Bratholm, Anders. <i>Straffeloven med kommentarer. Første Del. Almindelige Bestemmel- ser</i> . 2. utgave. Oslo, 2003.
Ross (1970)	Ross, Alf. <i>Skyld, ansvar og straff</i> . København, 1970.
Strandbakken (2003)	Strandbakken, Asbjørn. <i>Uskyldspresumsjonen - In dubio pro reo</i> . Bergen, 2003.